
ESTUDIOS	Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea <i>Property consequences of marriages and of registered partnerships in the European Union</i> ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT	8
	Estancias temporales de menores extranjeros en España: régimen jurídico vigente y desafíos de futuro <i>Temporary stays of foreign children in Spain: legal framework and future challenges</i> SALOMÉ ADROHER BIOSCA	51
	Menores en la Unión Europea. Contextualización y análisis de las dificultades legales en la solicitud de asilo <i>Minors in the European Union. Contextualisation and analysis of legal difficulties in asylum applications</i> ARMANDO ALVARES GARCÍA JÚNIOR	63
	Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles <i>Premarital agreements in anticipation of marital breakdown: the conflictual and material test to take into account so that a prenuptial agreement passes a judicial review before Spanish Courts</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	82
	Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas 'I-bis 1215/2012'. Análisis crítico de la regla <i>actor sequitur forum rei</i> <i>The defendant's domicile in the Brussels. 'The Regulation 1215/2012'. A critical approach of the actor sequitur forum rei rule</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	112
	La protección internacional del nombre comercial a través del artículo 8 del Convenio de la Unión de París: experiencias nacional y comparadas <i>The international protection of the trade name through article 8 of the Paris Convention: national and comparative experiences</i> ANTONIO CASADO NAVARRO	139
	Régimen jurídico de los drones: el nuevo reglamento (UE) 2018/1139 <i>Drones legal framework: the new regulation (UE) 2018/1139</i> M ^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	171
	Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de seguridad social <i>Islamic identity and public order: the effects of polygamic marriage in the spanish social security system</i> M. ^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN	235
	La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales <i>Private enforcement of competition law: damages actions and judicial pronouncements</i> FERNANDO DÍEZ ESTELLA	267

<p>Limitations on jurisdiction and arbitration agreements based on applicable law and the identity of the carrier in cargo claim disputes: who and where to sue? <i>Las limitaciones a la autonomía la voluntad de las partes en las cláusulas atributivas de jurisdicción y las cláusulas de arbitraje basadas en la ley aplicable y la identidad del transportista en las reclamaciones por pérdida o daños a las mercancías: ¿a quién y dónde se puede reclamar?</i> JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ</p>	306
<p>El principio de igualdad ante la ley en el Derecho internacional <i>The principle of equality before the law in International Law</i> DOROTHY ESTRADA TANCK</p>	322
<p>Child protection in flight situations: The Hague Child Protection Convention and unaccompanied minors <i>Protección de menores en situaciones difíciles: el Convenio de la Haya de protección de los niños y menores no acompañados</i> KATHARINA GATZSCHE</p>	340
<p>Las decisiones de adecuación en el Derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los estados miembros <i>Adequacy decisions in European Law related to international data transfers and control mechanisms applied by the member states</i> JUAN JOSÉ GONZALO DOMENECH</p>	350
<p>El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho internacional privado <i>The Ryanair conflict: a private international law perspective</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ</p>	372
<p>Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado <i>Jurisprudencial examination on the legal and procedural regime of jurisdiction clauses inserted in bills of lading: current situation and foreseeable future</i> FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET</p>	408
<p>Trends and sources of international taxation <i>Tendencias y fuentes de la fiscalidad internacional</i> CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR</p>	438
<p>La tutela preventiva de la lactancia natural y discriminación por razón de sexo en la <i>praxis</i> judicial europea y nacional: la inversión de la carga de la prueba en supuestos de incorrecta evaluación de riesgos laborales <i>Preventive protection of breastfeeding and sex discrimination in european and national judicial practice: reversal of the burden of proof in cases of incorrect assessment of occupational risks</i> INMACULADA MARÍN ALONSO</p>	459
<p>Pluralidad de lugares de prestación de servicios en los contratos de transporte de personas y mercancías <i>Plurality of places of provision of services in the contracts for the carriage of persons and goods</i> JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ</p>	478
<p>Problemas de aplicación regulados en el Reglamento Sucesorio Europeo <i>Application problems regulated by the EU Succession Regulation</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO</p>	498
<p>La interpretación necesaria del derecho de la competencia desde un enfoque <i>ius internacional privatista</i> <i>The need to consider antitrust law from a private international law approach</i> CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA</p>	527
<p>La identificación de los menas y el tutor voluntario en italia: ¿un modelo a asumir por la UE? <i>The identification of unaccompanied foreign minors and the voluntary guardian in Italy: an example to be followed by the EU?</i> FRANCESCA TASSINARI</p>	545
<p>La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados <i>The legal age: a nightmare for the unaccompanied minors who are nationals of third countries</i> MÓNICA VINAIXA MIQUEL</p>	571
<p>La orden de embargo preventivo extraterritorial en Derecho inglés <i>Worldwide freezing orders under English Law</i> JAIME ZARZALEJOS HERRERO</p>	603

VARIA	<p>Medidas cautelares y Certificado Sucesorio Europeo. En torno al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2018 <i>Precautionary measures and European Certificate of Succession. Around the order of the Provincial Court of Barcelona of July 5, 2018</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ</p> <p>Crónica de jurisprudencial laboral internacional. Enero / junio 2018 <i>Chronicle of international labor jurisprudence. January / June 2018</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ</p> <p>Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia (TJUE C-230/16, asunto Coty) <i>Luxury products and distribution through internet platforms from the European Competition Law (ECJ C-230/16, Coty case)</i> ALICIA ARROYO APARICIO</p> <p>Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Núm. 52/2018, de 17 de abril <i>International child abduction. Case related with Switzerland and Spain. Comment on the judgment of the Spanish Court of Appeal of Pontevedra (Section 1) Number 52/2018 of 17th april</i> CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS</p> <p>Res iudicata y divorcio internacional: nota al auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 7 de marzo de 2018 <i>Res iudicata and international divorce: commentary to the Judgment Issued by the Provincial Court of Toledo of March 7, 2018</i> ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS</p> <p>Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 54/2018, de 10 de abril. Un apunte sobre la prueba del Derecho extranjero en un procedimiento de medidas cautelares <i>Audiencia Provincial (Court of Appeals) of the Balearic Islands, 4th Section. Commentary to the Judicial Decree 54/2018 of April 10th, 2018. Note to the proof of foreign law in a procedure regarding precautionary measures.</i> UNAI BELINTXON MARTIN</p> <p>La localizzazione dell'illecito concorrenziale nel regime di Bruxelles: riflessioni alla luce della sentenza Flylal II della corte di giustizia dell'Unione Europea <i>The localization of antitrust torts under the Brussels regime: reflections in the light of the judgment Flylal II of the Court of Justice of the European Union</i> CATERINA BENINI</p> <p>La noción de “consumidor” en internet: el asunto C-498/16, Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited <i>Internet consumer: Case C-498/16, Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited</i> CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ</p> <p>Contrato del agencia y arbitraje: auto de la AP de Barcelona (Sección 17) núm. 116/2018 de 17 de mayo <i>Agency contract and arbitration: order of the Court of Appeal of Barcelona number 116/2018 of 17th May</i> LUIS F. CARRILLO POZO</p> <p>Levantamiento del velo en material laboral: <i>exequatur</i> y problemas de delimitación de competencia objetiva <i>Piercing the corporate veil doctrine in labor matters: exequatur and delimitation problems of objective competence</i> MARTA CASADO ABARQUERO</p> <p>Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017, Vinyls Italia) <i>Applicable law to reintegration actions in insolvency proceedings (commentary to CJUE Judgment 8 June 2017, Vinyls Italia)</i> ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ</p> <p>Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003 <i>Habitual residency of the minor and competent courts to modify a judicial resolution on the right of visit. Jurisprudential application of articles 8 and 9 of Regulation (EC) 2201/2003</i> DIANA GLUHAIA</p>	<p>628</p> <p>639</p> <p>663</p> <p>671</p> <p>678</p> <p>685</p> <p>693</p> <p>711</p> <p>722</p> <p>731</p> <p>739</p> <p>751</p>
-------	--	---

Nombramiento de árbitros en supuestos de sede indeterminada (a propósito del auto del TSJ de Madrid de 8 mayo de 2018) <i>Appointment of arbitrators in cases of indeterminate seat (decision of the high Court of Justice of Madrid of 8 May 2018)</i> MIGUEL GÓMEZ JENE	758
Sustracción internacional de menores y enfermedad psiquiátrica del progenitor no sustractor. Comentario del auto de la audiencia provincial de les Illes Balears (Sección IV), núm. 37/2018, de 14 de junio <i>International child abduction and psychiatric illness of the non-abducting parent. Comment on the judgment of the spanish court of appeal of les Illes Balears (Section IV) number 37/2018 of 14th June</i> MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN	764
Una incorrecta articulación de las fuentes normativas de Competencia Judicial Internacional en materia de responsabilidad parental: sentencia de la AP de A Coruña (Sección 4ª) Núm. 119/2018, de 4 de abril <i>An improper enumeration of International Jurisdiction Sources on parental responsibility matters: the judgment of the Spanish Court of Appeal of A Coruña (Section 4) number 119/2018, of 4th April</i> SAIOA GOYENECHÉ ECHEVERRÍA	773
Competencia de los tribunales españoles para conceder el reconocimiento de un laudo extranjero y otras cuestiones procesales al respecto <i>International jurisdiction of the spanish courts to grant recognition of a foreign arbitral award and other procedural related matters</i> JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL	779
Comentario a la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2018 <i>Comments on the Judgement Issued by the Audiencia Provincial de Baleares on 3 May 2018</i> FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL	786
Competencia Judicial Internacional para conocer de la acción pauliana <i>Actio pauliana and International Jurisdiction</i> BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ GÓMEZ	791
La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018 <i>The consolidation of a lucid case law on polygamy and pensions: the decision of the Higher Court of Andalusia of May 24, 2018</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	801
Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008 <i>A (posthumous) victory for the widows of the polygamy in the spanish Sahara: the decision of the Higher Court of Madrid of June 14, 2018</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	807
O conceito de ação pendente no artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 relativo aos processos de insolvência: comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 6 de junho de 2018, Tarragó da Silveira, proc. C-250/17, ecli:eu:c:2018:398 <i>The concept of pending lawsuit in article 15 of Regulation (EC) no 1346/2000 on insolvency proceedings: annotation on the European Court of Justice Judgment of 6 June 2018, Tarragó da Silveira, Case c-250/17, ecli:eu:c:2018:398</i> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, JOÃO GOMES DE ALMEIDA	814
Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares <i>International jurisdiction of the Spanish courts in international child abduction cases. The unequal treatment in similar situations</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	825
Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2ª) núm. 120/2018, de 9 de marzo <i>Partial recognition and enforcement of foreign decisions and public order under the Spanish Act on International Judicial Cooperation in civil matters. Comment on the act of the Spanish Court of Appeal of Gipuzkoa (Section 2) number 120/2018, of 9th March</i> NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI	834
La promesa de hecho ajeno: cuestiones de competencia judicial internacional en la Unión Europea <i>The promise of a third party's fact: issues of international judicial competence in the European Union</i> GABRIEL MENGUAL PUJANTE	841

Exigencias formales para el reconocimiento y ejecución de sentencias conforme al convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil firmado entre Argelia y España: notas al auto de la AP de Valencia, de 23 de abril de 2018 <i>Formal requirements for the recognition and enforcement of judgments in accordance with the convention on judicial assistance in civil and commercial matters signed between Algeria and Spain: notes to the judicial decree of the Provincial Court of Valencia, of 23 of April of 2018</i> ANTONIO MERCHÁN MURILLO	850
La irrecurribilidad de autos dictados por la Audiencia Provincial: comentario al auto del Tribunal Supremo, de fecha 30 de mayo de 2018 <i>The non-appeal of a judicial decree dictated by the Provincial Hearing: comment to the Judicial decree of the Supreme Court, dated May 30, 2018</i> ANTONIO MERCHÁN MURILLO	856
Restitución del menor, declaración de ilicitud del traslado y competencia judicial internacional. Comentario al auto de la audiencia provincial de las islas baleares de 19 de abril de 2018 <i>Return of the child, declaration of wrongful removal and jurisdiction. Comment on the judgment of the Spanish Court of Appeal of the Balearic Islands of 19 April 2018</i> ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ	863
La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en estados miembros diferentes: sentencia de la AP de Lugo nº 44/2018, de 11 de abril de 2018 <i>The wrong determination of the international jurisdiction when the children have the habitual residence in different member states: the judgment of the Spanish Court of Appeal of Lugo, number 44 /2018, of 11th April 2018</i> IDOIA OTAEGUI AIZPURUA	870
La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores <i>The construction of the autonomous concept of habitual residence of the child in the cases of international abduction of children</i> ISABEL REIG FABADO	877
La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa. Comentario del auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 23 mayo 2018 <i>The non-contractual liability from European antitrust law infringements. Commentary of decision of Commercial Court of Madrid, of 23 May 2018</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	889
Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: análisis desde el Derecho internacional privado español <i>Issues connected with the constitution of the adoption of adults: analysis from Spanish Private International Law</i> M ^a JESÚS SÁNCHEZ CANO	904
Circunstancias que impiden o condicionan la adopción: el alcance de la denominada “cláusula chadiana” <i>Circumstances that prevent or condition the adoption: the scope of the so-called “chadian clause”</i> M ^a JESÚS SÁNCHEZ CANO - YERAY ROMERO MATUTE	917
El exequatur en los procesos de jurisdicción voluntaria: el orden público y el triunfo del interés superior del menor <i>Exequatur in voluntary jurisdiction proceedings: public order and the triumph of the best interests of the child</i> CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA	929
Art. 22(4) Brussels I regulation and its successor only apply to cases concerned with the actual registration or validity of the listed IP rights. Commentary on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 5 October 2017, C-341/16 <i>Artículo 22.4 del Reglamento Bruselas I y su sucesor solo se aplican a los casos relacionados con el registro efectivo o la validez de los derechos de propiedad intelectual enumerados. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2017, C-341/16</i> KILIAN SENDLMEIER	937
Normas de publicación en la revista	943

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

LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LOS MATRIMONIOS Y DE LAS UNIONES REGISTRADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

PROPERTY CONSEQUENCES OF MARRIAGES AND OF REGISTERED PARTNERSHIPS IN THE EUROPEAN UNION

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT*

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ORCID ID: 0000-0002-3361-0556

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4612>

Resumen: Desde el 29 de enero de 2019 la mayoría de los países de la UE aplica los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, de 24 de junio de 2016, sobre los aspectos de Derecho internacional privado de los regímenes matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, respectivamente. Se trata de dos textos extensos y complejos que ofrecen una regulación global o de conjunto de los aspectos de esta materia en supuestos que impliquen repercusión transfronteriza.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, efectos patrimoniales de las uniones registradas, Reglamentos de la UE 2016/1103 y 2016/1104.

Abstract: Since 29th January 2019 most of EU Member States apply Regulations 2016/1103 and 2016/1104 concerning Private International Law in matters of matrimonial property regimes and in matters of the property consequences of registered partnerships, respectively. Both are long and complex texts that govern comprehensively all issues of those matters having cross-border implications.

Keywords: matrimonial property regimes, property consequences of registered partnerships, EU Regulations 2016/1103 and 2016/1104.

Sumario: 1. La justificación para la elaboración de los dos Reglamentos. 2. Los caracteres generales de los Reglamentos. 3. El ámbito de aplicación de los Reglamentos. A) Delimitación positiva. a) Los regímenes económicos matrimoniales. b) Los efectos patrimoniales de las uniones registradas. c) La repercusión transfronteriza. B) Delimitación negativa. a) Cuestiones de Derecho público. b) Cuestiones de Derecho privado. 4. Las definiciones incluidas en los Reglamentos. A) Matrimonio y unión registrada. B) Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de la unión registrada. C) Capitulaciones matrimoniales o de la unión registrada. D) Documento público. E) Resolución. F) Transacción judicial. G) Estado miembro de origen y Estado miembro de ejecución. H) Órgano jurisdiccional. 5. Determinación de la autoridad competente. A) Soluciones generales. a) Elección de foro. b) Soluciones en defecto de elección. B) Soluciones especiales. C) Aspectos comunes a las soluciones generales y especiales. 6. Determinación del ordenamiento aplicable. A) Soluciones generales. a) Soluciones basadas en la voluntad de las partes. b) Soluciones en defecto de elección. B) Soluciones especiales. a) Los efectos frente a terceros. b) Las leyes de policía. C) Características del ordenamiento aplicable. D) Problemas técnicos de aplicación. 7. Eficacia extraterritorial de resoluciones y de documentos. A) De las resoluciones judiciales. B) De los documentos públicos y de las transacciones judiciales. a) De los documentos públicos. b) De las transacciones judiciales. 8. Disposiciones generales y finales.

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i DER2014-58581-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

1. El 24 de junio de 2016 fueron promulgados los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 del Consejo, que resultan de aplicación desde el 29 de enero de 2019¹. A partir de esa fecha la UE dispone de dos instrumentos para una regulación global o de conjunto de prácticamente todos los aspectos de Derecho internacional privado relacionados con las consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas. El análisis de este *corpus* será efectuado abordando en primer lugar la justificación para su elaboración (1), seguidamente los caracteres generales de los instrumentos (2), a continuación el ámbito de aplicación de los mismos (3), en cuarto término las definiciones que incorporan (4), posteriormente la determinación de la autoridad competente (5) y del ordenamiento aplicable (6), ulteriormente la eficacia extraterritorial tanto de decisiones como de documentos (7) y, por fin, las disposiciones generales y finales (8).

1. La justificación para la elaboración de los dos Reglamentos

2. La elaboración de los Reglamentos de 2016 se ha erigido sobre una triple justificación de las instituciones europeas para legislar en esta materia².

3. 1ª Desde un punto de vista institucional se trata de una manifestación más del desarrollo del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia que tiene por objeto garantizar la libre circulación de personas, más concretamente en su faceta de libre circulación de actos y decisiones en el ámbito del Derecho privado en aquellos supuestos que ofrezcan repercusión transfronteriza, en particular cuando sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior³.

4. 2ª Desde una óptica substantiva la realidad material justifica igualmente la intervención normativa en este campo. Así lo acreditaban los datos contenidos en la evaluación de impacto presentada por la Comisión en el documento SEC(2011) 327 final de 16 de marzo de 2011 con datos relativos a 2007: 2,5 millones de inmuebles en Estados miembros serían propiedad de personas residentes habitualmente en otro Estado y 430.000 matrimonios con repercusión transfronteriza se disolverían en la UE cada año bien por divorcio, bien por deceso de uno de los cónyuges (lo que evidencia, además, la interrelación entre estos sectores). Frente a ello se carecía de un marco normativo supraestatal adecuado para abordar estas situaciones⁴, a la vez que las regulaciones estatales -de Derecho internacional privado y de naturaleza interna- difieren de unos Estados a otros, en ocasiones radicalmente⁵.

5. 3ª Por fin, desde una perspectiva política el mandato de las instituciones europeas de intervenir normativamente en este campo desde el Plan de acción de Viena del Consejo y de la Comisión de 3 de

¹ *Diario Oficial L 183 de 7 de julio de 2016*. Ambos textos disciplinan la competencia, la Ley aplicable, así como el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia, respectivamente, de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

² *Cfr.* para mayor detalle A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO PRIETO (COORDS.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583-591.

³ Este aspecto del matrimonio no había sido aún abordado en la construcción europea, a diferencia de los relativos a su crisis en sus vertientes tanto de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003) y de Ley aplicable (Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010), como de pensión compensatoria (Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008).

⁴ En el plano universal el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales fue únicamente firmado por Austria, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal, habiendo entrado en vigor sólo en Francia, Luxemburgo y Países Bajos. Una bibliografía sobre el mismo puede consultarse en la web de la Conferencia <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=87>.

⁵ Sobre ello véanse, por todos, G.A.L. DROZ, “Les régimes matrimoniaux en Droit international privé comparé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye / Collected Courses of the The Hague Academy of International Law*, vol. 143 (1974-III), pp. 1-138; A. OLIVA IZQUIERDO, A.M. OLIVA RODRÍGUEZ y A.M. OLIVA IZQUIERDO, *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2017; V. SIMÓ SANTONJA, *Compendio de regímenes matrimoniales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; y M. VERWILGHEN (dir.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé*, Neuchâtel, Union Internationale du Notariat Latin / La Baconnière, 1979.

diciembre de 1998 justificaba igualmente la adopción de reglas *ad hoc*. Los considerandos 3 a 12 de los Reglamentos de 2016 describen el *iter* seguido desde entonces hasta su aprobación⁶, en el que destacan dos textos: el Libro verde de la Comisión de 17 de julio de 2006 sobre el conflicto de Leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, con especial referencia a las cuestiones de competencia y reconocimiento mutuo (documento COM[2006] 400 final); y las dos propuestas de Reglamentos del mismo órgano fechadas el 16 de marzo de 2011 (documentos COM[2011] 126 y COM[2011] 127, respectivamente)⁷.

6. En diciembre de 2015 se manifestó en el Consejo la ausencia entre los Estados miembros de la unanimidad exigida por el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la UE para aprobar ambos Reglamentos. Lo que obligó a los países interesados en continuar adelante con estos textos a acudir a la vía de la cooperación reforzada a la que se refieren los artículos 228 ss. del citado Tratado⁸.

⁶ El autor de estas páginas tuvo el honor tanto de formar parte del Grupo de expertos PRM-III de la Dirección General de Libertad, Seguridad y Justicia de la Comisión Europea sobre efectos patrimoniales del matrimonio en la UE, que elaboró las propuestas de Reglamentos de 2011 (desde mayo de 2008 hasta marzo de 2010), como de representar al Reino de España en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE donde se discutieron y aprobaron los dos Reglamentos (desde febrero de 2011 hasta junio de 2016).

⁷ Sobre los antecedentes de estos dos instrumentos pueden verse, entre otros, P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “El proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 54 (2013-2014), pp. 77-150; CH. CLARKSON, “Matrimonial property: the proposed EU Regulation”, *Trusts & Trustees*, vol. 17, n° 9, 2011, pp. 846-854; CH. CLARKSON y E. COOKE, “Matrimonial Property: Harmony in Europe?”, *Family Law*, n° 37 (octubre de 2007), pp. 920-923; K. DENGEL, *Die europäische Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts und des Internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014; S. VAN ERP, *Régimes matrimoniaux et aspects patrimoniaux des autres formes d’union: quels problèmes et quelles solutions? - Proposition pour le règlement Rome IV*, Bruselas, Parlamento Europeo, 2010 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2010/425657/IPOL-JURI_NT\(2010\)425657_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2010/425657/IPOL-JURI_NT(2010)425657_FR.pdf)); J.M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, fasc. I, pp., 275-291; *id.*, “Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho Catalán*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 257-290; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 183-198; K. KROLL-LUDWIGS, “Unifications of conflicts of laws in Europe-Matrimonial property regimes”, K. BOELE-WOELKI y T. SVERDRUP (eds.), *European challenges in contemporary family law*, Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 379-393; P. LAGARDE, “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)*, vol. II, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid / Eurolex, 2005, pp. 1686-1708; F. LLODRÀ GRIMALT, “Notas sobre la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa”, en C. LASARTE ÁLVAREZ y otros (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Madrid, UNED, 2006, pp. 515-523; D. MARTINY, “Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, n° 5, pp. 437-457; H. MOTA, “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, n° 2, pp. 428-447; C.I. NAGY, “The European Commission’s Draft Regulation on the Conflict of Laws of Matrimonial Property – Some Conceptual Questions”, en *Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union Law*, Novi Sad/Újvidék, Faculty of Law Novi Sad Publishing Centre, 2013, pp. 409-427; B. NASCIBENE, “Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale: un règlement Rome III? Droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés: vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux?”, *Revue des Affaires Européennes*, 2007-2008, n° 3, pp. 601-609; W. PINTENS, “Union Européenne et l’émergence d’un Droit international de la famille – L’exemple des régimes matrimoniaux et des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Herausforderungen an Staat und Verfassung. Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Berlín, Nomos, 2015, pp. 806-822; M. REQUEJO ISIDRO, “La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M.P. GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 1195-1217; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La armonización del régimen económico matrimonial en la UE: la propuesta de Reglamento de marzo de 2011”, en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la UE. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555-571; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, pp. 937-955; M.C. VAQUERO LÓPEZ, “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia: apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial internacional, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, pp. 195-208; e I. VIARENGO, “I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato comunitario”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2007, n° 3, pp. 603-618 y “The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes. Some Remarks”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 199-215.

⁸ El 9 de junio de 2016 el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2016/954 por la que se autorizaba la cooperación reforzada; el 24 del mismo mes se promulgaron los Reglamentos; el 8 de julio se publicaron en el *Diario Oficial* de la UE; a los veinte días de ello entraron en vigor (artículo 70.1); han comenzado a aplicarse -salvo ciertos preceptos que lo hicieron antes- el 29 de enero

2. Los caracteres generales de los Reglamentos

7. Analizada la justificación para elaborar sendos Reglamentos sobre consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas, cinco son los principales caracteres generales que a nuestro entender los informan.

8. 1º En atención a la estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la UE⁹, se ha procurado que los textos respeten los derechos reconocidos en tal Carta, a saber: no afectarían al derecho al respeto de la vida privada y familiar, al derecho a contraer matrimonio ni al derecho a fundar una familia según las leyes nacionales (regulados en los artículos 7 y 9 de aquélla); se reforzaría el derecho de propiedad, consagrado en el artículo 17 de la Carta y que forma parte integrante, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la UE, de los derechos fundamentales cuyo respeto salvaguarda éste¹⁰; se garantizaría, conforme al artículo 21 de dicho texto, la prohibición de toda forma de discriminación; por fin, se facilitaría la aplicación del artículo 47 de la Carta, que asegura el acceso a la justicia, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, al preverse criterios objetivos para determinar los órganos judiciales competentes, para evitar procedimientos paralelos y para impedir el recurso precipitado a los tribunales por la parte más activa (considerandos 73 y 71, respectivamente).

9. 2º Los dos Reglamentos de 2016 únicamente regulan los aspectos de Derecho internacional privado (considerando 13) con el ánimo de remover los obstáculos que puedan afectar a las libertades de la UE en los supuestos con repercusión transfronteriza; esto es, en ningún caso lo hacen respecto de los aspectos de Derecho sustantivo, que siguen siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Ello se explica por cuanto la Comisión y el Consejo consideraron que, en aplicación del principio de subsidiariedad, por su magnitud y complejidad los objetivos tan sólo podrían alcanzarse en forma de normas comunes de Derecho internacional privado (nunca de Derecho material), que deberían ser idénticas para todos los Estados miembros de la Unión a fin de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad; por ello, en atención al principio de proporcionalidad, los textos se han limitado a lo estrictamente necesario para alcanzar sus objetivos¹¹.

10. 3º La necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad requería normas claras y uniformes e imponía la forma de Reglamento, antes que la de la Directiva: en efecto, la consecución de estos objetivos se habría visto amenazada si los Estados miembros hubieran dispuesto de margen de

de 2019 (artículo 70.2). De tal modo que conforme al artículo 69 ambos instrumentos sólo serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de esa fecha; en materia de Ley aplicable, las normas de conflicto de los Reglamentos (capítulo III) únicamente serán aplicables a los cónyuges o a los miembros de la unión registrada que hayan celebrado su matrimonio o registrado su unión o que hayan especificado la Ley aplicable al régimen patrimonial de la pareja después del 29 de enero de 2019. No obstante, el propio artículo 69, apartado 2, establece disposiciones transitorias en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones (que lo serán conforme al capítulo IV cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29 de enero de 2019 y siempre que las normas de competencia utilizadas hayan sido conformes a las previstas en el capítulo II). Sobre ello véase A.C. BELÍO, “Claves del futuro Reglamento europeo sobre regímenes económicos matrimoniales: entrada en vigor y ámbitos de aplicación”, *Diario La Ley*, nº 9305 (23 de noviembre de 2018).

En el momento de elaboración de estas líneas los Estados cuyas autoridades los aplican son Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, la República Checa y Suecia; a estos países denominan los Reglamentos “Estados miembros”, expresión que acogemos en el presente estudio. Quedan fuera pues Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía. Tampoco aplican los textos Dinamarca (que no participa en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, Protocolo 22 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), Irlanda ni el Reino Unido (que no han ejercido su derecho *to opt in* consagrado por el Protocolo 21 de dicho Tratado).

⁹ Comunicación de la Comisión, COM(2010) 573 final de 19 de octubre de 2010.

¹⁰ Sentencias de 28 de abril de 1998 en el asunto C-200/96, *Metronome Musik* y de 2 de julio de 2005 en los asuntos C-154/04 y 155/04, *Alliance for Natural Health and others*.

¹¹ Dichos objetivos son la libre circulación de las personas en la Unión, la posibilidad de que los cónyuges o miembros de una unión registrada organicen sus relaciones patrimoniales entre sí y con terceros, durante su vida en pareja y al liquidar su patrimonio, y una mayor previsibilidad y seguridad jurídica (considerandos 72 y 70, respectivamente).

apreciación a la hora de aplicar las normas que esta última técnica permite. La duplicidad de instrumentos (un Reglamento sobre el régimen económico del matrimonio y otro sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas) tiene su explicación en razones técnicas y políticas: frente al planteamiento inicial de la Comisión en su Libro verde de 2006 de un único Reglamento que abordase las consecuencias patrimoniales de ambas realidades, el temor de que las diferencias entre los Estados miembros acerca de las uniones registradas frustrara su aprobación aconsejó deslindarlas en un instrumento propio aunque muy similar -idéntico en su mayor parte- al de los matrimonios¹².

11. 4º A partir del 29 de enero de 2019 los Reglamentos han pasado a ser los instrumentos omnicomprendivos para abordar los aspectos internacionalprivatistas de las consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas. Así, disciplinan la globalidad o generalidad de los aspectos de Derecho internacional privado de su materia, a saber, la determinación de la competencia de autoridades (capítulo II) y de la Ley aplicable (capítulo III), así como la eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales (capítulo IV) y de documentos públicos y transacciones judiciales (capítulo V); de esta manera se garantiza la seguridad jurídica de las parejas en lo que respecta a su patrimonio a la vez que se les ofrece cierta previsibilidad (considerando 15). Y para evitar que las dispares concepciones nacionales arruinen su éxito, se consagra asimismo una exégesis autónoma de los Reglamentos, es decir, propia o específica del plano comunitario europeo (y, por tanto, eventualmente diferente a las citadas concepciones nacionales).

12. 5º Se trata de dos instrumentos extensos y complejos tanto en lo técnico como en las soluciones de fondo. Lo primero se aprecia en el número de artículos (70) y de considerandos (73)¹³. La complejidad aludida resulta lógica si se tiene presente la enorme dificultad del campo de trabajo sobre el que operó el legislador comunitario para la elaboración de los dos Reglamentos: la delimitación y calificación de la figura (familiar, contractual, sucesoria, patrimonial) y aun el desconocimiento de la misma en algunos ordenamientos europeos (como los de Irlanda o el Reino Unido); la distinción en varios sistemas entre relaciones personales y patrimoniales; la relevancia en alguno de ellos del llamado régimen matrimonial primario; las relaciones con otras figuras sometidas a reglas propias (celebración del matrimonio, crisis matrimoniales, nombre y apellidos, filiación, alimentos, donaciones entre cónyuges, sucesión *mortis causa*, etc.); la pluralidad de regímenes materiales en Derecho comparado (en esencia de separación, de participación o de comunidad); los efectos frente a terceros y las inscripciones en registros públicos; o la presencia de situaciones complejas como las uniones de hecho -registradas o no- y los matrimonios poligámicos o entre personas del mismo sexo.

3. El ámbito de aplicación de los Reglamentos

13. Expuesto el ámbito de aplicación territorial y temporal de los Reglamentos, nos detendremos en este apartado en su ámbito de aplicación material. El artículo 1 de ambos concreta las materias a

¹² Sobre ello véase R.M. MOURA RAMOS, “Similitudes et disparités dans les instruments de Droit international privé de l’Union Européenne relatifs aux effets patrimoniaux du mariage et des partenariats enregistrés”, en B. HESS, E. JAYME y H.-P. MANSSEL (eds.), *Europa als Rechts- und Lebensraum (Juni 2018). Liber Amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 2018, pp. 347-358. La necesidad de igualdad de trato a los efectos de los matrimonios y de las uniones registradas fue invocado por la delegación belga en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE de 20 de febrero de 2012 invocando la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-147/08, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, de 10 de mayo de 2011.

¹³ Ello se explica por cuanto, en buena medida, cuando la deriva de las negociaciones del articulado en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE no desemboca en una redacción de consenso se suele acordar la inclusión de un considerando; en el caso de los Reglamentos analizados fue la Comisión la redactora de los considerandos, que resultaron sometidos al Comité en noviembre de 2015 con escaso tiempo de análisis y para la discusión. Entre los considerandos se incluyen disposiciones de muy diverso orden: en ocasiones se trata de referencias a antecedentes normativos de los textos (*supra*); en otros casos de criterios puramente exegéticos (ejemplo, las letra a] a c] del considerando 23 ó el 25, *infra*); e incluso a veces de preceptos cuasi-normativos (así, entre otros, considerandos 20, letra b] 23, 24 ó 27-28, *infra*).

las que resultan de aplicación. A tal efecto opera con una doble técnica: positiva refiriéndose en primer término al objeto de regulación (apartado A) y negativa excluyendo en segundo lugar de manera expresa ciertos sectores del citado ámbito de aplicación (apartado B).

A. Delimitación positiva

14. El Reglamento 2016/1103 se aplica a los regímenes económicos matrimoniales en tanto que el 2016/1104 a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, siempre que en ambos casos se produzcan “repercusiones transfronterizas” (considerando 14). Procede pues analizar seguidamente estas tres cuestiones.

a) Los regímenes económicos matrimoniales

15. Según se ha adelantado la institución del régimen económico del matrimonio resulta una de las más complejas jurídicamente tanto en el plano interno como en el internacional. En primer lugar por su transversalidad, que la vincula a otras instituciones como son, entre otras, los derechos reales (en orden a la naturaleza de los bienes de los cónyuges, de carácter privativo o común), el Derecho de familia (pues se desarrolla como consecuencia de la celebración, existencia o disolución de un matrimonio), el Derecho de obligaciones (cuando en su reglamentación interviene la voluntad de las partes mediante acuerdos o capitulaciones), el Derecho registral (pues el acceso del régimen a los registros públicos es previsto en numerosos Estados) o el Derecho de sucesiones (por cuanto si un causante estuviera casado sería preciso coordinar la liquidación de la sociedad conyugal con la de su herencia). En segundo lugar la complejidad de esta figura deriva de la tradicional y complicada distinción entre las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, que ha venido teniendo reflejo en la configuración de las normas de Derecho internacional privado por los diferentes legisladores. Y por último por la variedad de efectos que el régimen produce, bien *ad intra* (esto es, entre los cónyuges) o *ad extra* (es decir, respecto de terceros). A fin de superar estos inconvenientes, el Reglamento 2016/1103 plausiblemente incorpora una definición de regímenes económicos matrimoniales, entendiendo por tales el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución” (*infra*).

16. Cuestión previa al régimen económico matrimonial es la existencia de un matrimonio. No incorpora el Reglamento 2016/1103 -ni ningún otro instrumento elaborado en el marco de la cooperación jurídica internacional en materia civil en la UE- una definición de “matrimonio” por la dificultad que ello comporta habida cuenta de las diferencias sociales, culturales, políticas o jurídicas entre los Estados miembros; de ahí que el considerando 17 indique que para esta tarea haya que acudir al Derecho nacional de éstos. Por consiguiente, la autoridad estatal ante la que se plantee un asunto al que pudiera resultar de aplicación el Reglamento 2016/1103 tendría que verificar la existencia previa de un matrimonio conforme a lo dispuesto en su sistema jurídico como *lex fori*¹⁴.

17. Dos cuestiones más apuntadas por el considerando 18 del Reglamento 2016/1103 han de ser abordadas para perfilar la expresión “regímenes económicos matrimoniales”.

18. 1ª En primer término procedería concretar el ámbito de aplicación substantivo de la Ley aplicable, a lo que tal instrumento dedica su artículo 27 en referencia al más extenso campo posible de materias relacionadas con el régimen económico matrimonial desde su nacimiento hasta su extinción¹⁵:

¹⁴ En el caso español, la autoridad en cuestión habría de calificar el supuesto de hecho a la luz de los artículos 32 de la Constitución así como 44 y siguientes del Código Civil, teniendo presente lo establecido en los instrumentos supraestatales en la materia en los que nuestro Reino es parte; con especial atención a la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en supuestos de tráfico tanto interno como internacional desde la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

¹⁵ Cfr. M. ANDRAE, “Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, n° 3, pp. 221-230.

en efecto se incluirían en aquél todos los aspectos de Derecho civil de la figura relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación -o, lógicamente, disolución- de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges (considerando 18 Reglamento 2016/1103). Las cuestiones excluidas de este objeto son expresamente indicadas por el propio Reglamento (artículo 3).

19. 2ª En segundo lugar conviene aludir a la exégesis de la expresión “régimen económico matrimonial”. El considerando 18 aclara que debe interpretarse de forma autónoma, esto es, propia o específica para este instrumento y diferente por consiguiente, si fuera el caso, a las calificaciones estatales de la figura. Y añade que, como consecuencia de ello, el régimen económico matrimonial ha de abarcar no sólo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que éstos puedan acordar de conformidad con el ordenamiento que resulte aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Ello incluye las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo el español, artículos 1315 y 1325 y siguientes del Código Civil para el Derecho común), así como toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución.

b) Los efectos patrimoniales de las uniones registradas

20. Las necesidades materiales surgidas de la vida en común se producen no sólo en el matrimonio sino también en otras manifestaciones de pareja: es el caso de la unión en la que dos personas viven juntas de manera estable y continua¹⁶. Bajo esta figura se descubre una realidad vasta y ambigua que engloba un fenómeno multiforme¹⁷; una figura en la que casi todo es discutido comenzando por su terminología y finalizando por su propia relevancia jurídica a efectos de regularla. En cualquier caso la realidad demuestra que entre los países que la abordan existen notables diferencias respecto de su contenido y de las soluciones dadas en Derecho internacional privado¹⁸, teniendo presente que a la complejidad ya adelantada que ofrece el régimen económico del matrimonio se añade en este caso la de la figura de la que los efectos patrimoniales traen causa.

21. Una clasificación esencial a los fines de nuestro estudio nos conduce a distinguir entre uniones registradas o no¹⁹. Únicamente las primeras son objeto de consideración jurídica por el Reglamento 2016/1104 en orden a disciplinar sus efectos patrimoniales²⁰. La razón es bien simple: su carácter oficial

¹⁶ La bibliografía sobre este campo es inmensa; entre las obras generalistas más recientes *cf.* desde una perspectiva comparada J.M. SCHERPE y A. HAYWARD (eds.), *The Future of Registered Partnerships*, Cambridge / Amberes, Intersentia, 2017; el capítulo sobre España es obra de J. FERRER-RIBA, pp. 349-380.

¹⁷ H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International / Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 226 (1991), pp. 155 ss. Con algunas variaciones C.J. FORDER y M. ANTOKOLSKAIA consideran la existencia de seis tipos de protección otorgadas por los legisladores occidentales a la cohabitación entre personas del mismo y diferente sexo (“European models of domestic partnership laws: the field of choice”, *Canadian Journal of Family Law*, vol. 17, 2000, pp. 371-454 y *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective [A tale of two millennia]*, Oxford, Intersentia, 2006, pp. 367 ss., respectivamente).

¹⁸ A. DUTTA, “Beyond Husband and Wife – New Couple Regimes and the European Matrimonial Property Regulations”, *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 145-158 y E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de Reglamento del Consejo”, *cit.*, p. 938.

¹⁹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS (*Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la UE*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 21) efectúa una distinción entre el modelo de hecho (unión libre) y el modelo jurídico (unión registrada); en el mismo sentido *cf.* H. FULCHIRON, “Réflexions sur les unions hors mariage en Droit international privé”, *Journal du Droit International*, 2000, nº 4, pp. 889-913. Un estudio comparado de la institución de la unión registrada puede verse en I. CURRY-SUMMER, *All’s well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non-marital registered relationships in Europe*, Amberes / Oxford, Intersentia, 2005, pp. 20 ss., donde el autor verifica la importancia social y estadística de la figura frente a su difícil calificación jurídica.

²⁰ Así lo establece claramente su considerando 16: “El tratamiento dispensado a las formas de unión distintas del matrimonio difiere en las legislaciones de los distintos Estados miembros, por lo que debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las parejas vinculadas por

permite la toma en consideración de sus especificidades y la definición de normas que les resulten de aplicación; en otros términos, sólo las uniones registradas dan origen a un *status* jurídico²¹. Por consiguiente será *conditio sine qua non* que la unión esté registrada ante una autoridad pública establecida por la Ley de un Estado para que sus efectos jurídicos sean regulados por el instrumento comentado en estas páginas (artículo 3)²². La realidad muestra que nos hallamos ante una institución relativamente reciente aunque en la actualidad conocida y regulada -o en vías de serlo- en un número creciente de Estados (a menudo, aunque no necesariamente, reservada para personas del mismo sexo)²³.

22. El artículo 3.1.a) del Reglamento 2016/1104, a diferencia del matrimonio (*supra*), ofrece una definición de unión registrada entendiendo por tal el “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”. Esta definición, que será analizada más adelante, resulta particularmente necesaria por la conveniencia de reunir en un único instrumento el conjunto de normas aplicables a los efectos patrimoniales de las uniones registradas para garantizarles seguridad jurídica en este ámbito y ofrecerles cierta previsibilidad (*supra*)²⁴.

23. Al igual que respecto del matrimonio reiteramos que el ámbito de aplicación de la *lex causae* designada por el Reglamento 2016/1014 (artículo 27) pretende abarcar el más extenso campo posible de materias relacionadas con los efectos patrimoniales de las uniones registradas desde su nacimiento hasta su extinción: así, se incluirían en aquél todos los aspectos de Derecho civil de la figura relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada como con su liquidación, en particular como consecuencia de la separación -o, naturalmente, disolución- de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros (considerando 18 Reglamento 2016/1104). Las cuestiones excluidas de este objeto son expresamente indicadas por el propio Reglamento (artículo 3).

c) La repercusión transfronteriza

24. Para que las dos instituciones que hemos abordado sean objeto de disciplina por estos instrumentos es preciso que produzcan repercusión transfronteriza (considerandos 1 y 14). Nada se indica en ellos acerca de cuándo el régimen económico de un matrimonio o los efectos patrimoniales de una unión registrada originan tal repercusión²⁵. Así las cosas, cabría afirmar que la naturaleza transfronteriza de los efectos patrimoniales de un matrimonio o de una unión registrada se verificaría cuando estuviesen vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surgiera la duda de cuál de ellos sería el reclamado para regularlas. Para ello resulta conveniente una triple precisión.

unionen de hecho. Aunque algunos Estados miembros regulan este último tipo de unión, ésta debe disociarse de las uniones registradas, cuyo carácter oficial permite tener en cuenta su especificidad y proceder a su regulación en el Derecho de la Unión”.

²¹ En este sentido *cfr.* el excelente trabajo de M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de DIPr”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35 (2018), p. 8 y la doctrina por ella citada: entre otros M. BELL, “Holding Back the Tide? Cross-Border Recognition of Same-Sex Partnerships within the European Union”, *European Review of Private Law*, 2004, nº 5, pp. 613-632 (esp. p. 614); A. DEVERS, “Private International Law Aspects of Non-Marital Unions”, *Yearbook of Private International Law*, 2003, pp. 198-203; y H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Registered Partnerships, PACSes and Private International Law. Some Reflections”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2000, nº 2, pp. 293-323.

²² Libro verde *cit.*, p. 3.

²³ *Cfr.* el Informe explicativo del Convenio sobre el reconocimiento de las uniones de hecho inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007 en el marco de la Comisión Internacional del Estado Civil, p. 16 (puede consultarse en <http://www.ciecl1.org>).

²⁴ A lo que añade el considerando 16 que “(p)ara facilitar el buen funcionamiento del mercado interior, procede eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas que hayan registrado su unión y, en particular, las dificultades que encuentran esas parejas en la administración y división de su patrimonio. Para alcanzar esos objetivos, el presente Reglamento debe reunir las disposiciones en materia de competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales”.

²⁵ Diversas delegaciones nacionales (entre ella la española) demandaron durante los trabajos del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE la concreción del carácter transfronterizo de las situaciones en las dos propuestas de Reglamento de la Comisión; en particular Grecia planteó si debía considerarse transfronterizo un matrimonio entre personas de la misma nacionalidad con residencia habitual en un Estado distinto al de ésta.

25. 1ª En primer término el carácter transfronterizo podría derivar ora de un elemento endógeno de la situación (personal, objetivo o territorial), ora de un elemento exógeno a la misma, esto es, de la voluntad de los concernidos mediante la determinación como competente de una autoridad extranjera o como aplicable de un ordenamiento foráneo, todo ello para una situación en principio meramente interna (posibilidades ambas que, con sus limitaciones, admiten los artículos 7 y 22 de los dos Reglamentos).

26. 2ª En segundo lugar se requeriría que el elemento extranjero presentase una mínima importancia hasta el punto de que su presencia en la situación justificase variar la respuesta legal prevista para supuestos internos²⁶. En esta línea podría entenderse la precisión final del considerando 1 de ambos Reglamentos cuando, tras requerir la existencia de repercusión transfronteriza para regular los efectos patrimoniales de ambas figuras, se añade que “en particular en aquellos casos en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”. En otros términos, la relevancia del elemento extranjero habría de estar calibrada por su impacto en el correcto desarrollo de las libertades comunitarias.

27. 3ª Finalmente no sería preciso que el o los ordenamientos extranjeros vinculados con el supuesto en cuestión fuesen de un país cuyas autoridades aplicasen los Reglamentos; pudiendo también ser de un Estado de la Unión cuyas autoridades no lo aplicasen o de un Estado tercero cualquiera. Esta conclusión se alcanza por un lado porque los propios instrumentos nada restringen sobre este particular; y por otro lado puesto que ambos producen eficacia universal o *erga omnes* al permitir aplicar, a través de sus preceptos, ordenamientos de cualesquiera de esos otros Estados (artículo 20, *infra*).

28. Así las cosas, para verificar la repercusión transfronteriza de los efectos patrimoniales de un matrimonio o de una unión registrada cabe considerar dos circunstancias. Por una parte que los propios elementos del matrimonio o de la unión registrada fueran de naturaleza transfronteriza, en cuyo caso sus consecuencias patrimoniales también lo serían²⁷. Por otra parte que, hallándose todos los elementos del matrimonio o de la unión registrada únicamente vinculados con un ordenamiento estatal, fuesen sus efectos patrimoniales los que tuvieran repercusión transfronteriza²⁸.

29. En lo que concierne a la llamada dimensión interna del Derecho internacional privado los Reglamentos de 2016 no obligan -aunque sí permiten- a los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales a aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente (artículo 35, *infra*).

B) Delimitación negativa

30. Definido positivamente el ámbito de aplicación substantivo de los Reglamentos procede seguidamente concluir su precisión analizando, “en aras de la claridad” (considerando 19), qué aspectos

²⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 24. A ello ya se refirió J.A. CARRILLO SALCEDO señalando que no todo elemento extranjero convierte una situación en una manifestación de la vida internacional de las personas, pues lo que realmente importa es que “la finalidad social de los hechos reclame una reglamentación que corresponda a esa internacionalización” (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 39).

²⁷ Por ejemplo por la dispar nacionalidad o residencia habitual de los cónyuges o miembros de la unión, o por la ubicación de sus bienes en distintos países (*cf.* A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento [UE] N° 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 80).

²⁸ Por ejemplo, por la existencia de acreedores o deudores de los cónyuges o miembros de la unión de diferente nacionalidad o residencia habitual que aquéllos. Sobre esta cuestión *cf.* J. GRAY y 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”, *Familie & Recht / Family & Law*, 2013, noviembre.

expresamente no disciplinan²⁹. A tal fin cabe realizar una distinción básica o elemental entre cuestiones de Derecho público (subapartado a) y privado (subapartado b)³⁰.

a) Cuestiones de Derecho público

31. Los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE desde el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 tradicionalmente excluyen de su ámbito material las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas. Aun cuando el régimen económico de un matrimonio o de una unión registrada pudiera tener repercusiones en esos campos (en particular en materia de seguridad social, *infra*), expresamente se señala su no regulación por los Reglamentos de 2016.

b) Cuestiones de Derecho privado

32. Por otra parte existen cuestiones de Derecho privado eventualmente relacionadas con el contenido patrimonial del matrimonio o de la unión registrada que de igual modo los Reglamentos excluyen *ex professo* de su disciplina (recuérdese, en aras de la claridad). Se trata de las siguientes ocho.

ba) La capacidad jurídica de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada³¹.

33. La capacidad de un individuo forma parte del estatuto personal y por tanto se rige por su Ley personal³²; así las cosas, cuando la autoridad de un Estado parte en el Reglamento haya de determinar la capacidad de un cónyuge o de un miembro de una unión registrada lo hará aplicando el ordenamiento estatal señalado por su norma de conflicto en la materia³³. Dicho ordenamiento definirá qué cuestiones se entienden incluidas dentro de la capacidad (causas de la incapacidad, límites y condicionamientos, medidas de protección, etc.).

34. Una cuestión particularmente delicada relacionada con la capacidad es la necesidad de autorización de ambos cónyuges o miembros de la unión para la enajenación o gravamen de ciertos bienes (como el hogar familiar u otros) prevista en cualquier tipo de régimen económico³⁴. A este respecto el considerando 20 de los Reglamentos establece una excepción a la exclusión de la capacidad de su ámbito de aplicación sustantivo: ambos instrumentos sí se aplican a las facultades y derechos específicos de uno o de ambos cónyuges o miembros de la unión registrada con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros (en ello incide asimismo el artículo 27 de los dos instrumentos).

²⁹ Se trata de un listado cerrado o exhaustivo de tal modo que las materias no excluidas del ámbito de aplicación de los Reglamentos se entienden incluidas en él: en relación con similar precepto del Reglamento sucesorio europeo *cfr.* A. BONOMI, “Article 1^{er}”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2016, p. 74; R. FRIMSTON, “Article 1”, en U. BERGQUIST y otros, *EU Regulation on Succession and Wills. Commentary*, Colonia, Ottoschmidt, p. 40; y M. WELLER, “Article 1”, en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 79. Propone acertadamente B. HEIDERHOFF que los Estados de la Unión deberían realizar un esfuerzo para alinear sus normas de Derecho internacional privado de fuente interna para los aspectos no cubiertos por los Reglamentos con las soluciones consagradas por éstos (“Vorschläge zur Durchführung der EU-Güterrechtsverordnungen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, n° 3, pp. 231-238).

³⁰ Explica M. WELLER (*op. cit.*, p. 78), invocando la asentada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, que la diferencia entre el uno y el otro se halla en la actuación investida de potestad o poderes públicos específicos en el primer caso y de poderes o facultades privadas en el segundo.

³¹ Y, aunque el precepto no lo indique, también la capacidad de obrar: así habría que entender la expresión *legal capacity* contenida ya en los primeros documentos de trabajo de los dos Reglamentos (*cfr.* A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa*, *cit.*, p. 137).

³² Salvo excepción. Es el caso de la capacidad para suceder y de la capacidad para realizar una disposición *mortis causa* a tenor de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 24, apartado 2, letra c), y 26, apartado 1, letra a), del Reglamento 650/2012, conforme a los cuales se les aplica la *lex successionis*.

³³ De ser española dicha autoridad, en defecto de instrumento supraestatal utilizaría el artículo 9 del Código Civil que dispone que la Ley personal será la del Estado de la nacionalidad del individuo (apartado 1) y, en su defecto, la del país de su residencia habitual (apartado 10).

³⁴ *Cfr.* H. MOTA, “El ámbito de aplicación material...”, *cit.*, pp. 431-432.

bb) La existencia, validez y reconocimiento del matrimonio o de la unión registrada.

35. Se trata de un requisito *sine qua non* para regular sus consecuencias patrimoniales (*supra*). En el caso del matrimonio hemos adelantado que el Reglamento 2016/1103 no lo define por la dificultad que ello implica para los Estados miembros y que, en cambio, en el supuesto de la unión registrada el 2016/1104 sí incluye una definición por la necesidad práctica que genera. Pero la existencia, la validez o el reconocimiento de las dos figuras, como quiera que sean definidas, son proscritos del ámbito de aplicación material de ambos instrumentos; así lo recalca claramente el considerando 21 de los Reglamentos que indica que tales cuestiones preliminares “siguen estando reguladas por el Derecho nacional de los Estados miembros, incluidas sus normas de Derecho internacional privado”. Por consiguiente será la autoridad del Estado miembro del foro parte en el texto de que se trate la que calificará la situación en cuestión para verificar si el matrimonio o la unión registrada existen, si son válidos o si resultan reconocidos; ello implicará que la autoridad de un Estado de la Unión pueda considerar existente, válido o reconocible un matrimonio o una unión registrada (por ejemplo, entre personas del mismo sexo) y la de otro Estado no.

bc) Las obligaciones de alimentos

36. Son igualmente excluidas del ámbito material de aplicación de ambos instrumentos por cuanto se someten al citado Reglamento 4/2009³⁵ (que a su vez se remite, en cuanto a la determinación de la Ley aplicable, al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007). Esta exclusión no resuelve el problema del difuso límite entre los alimentos y los efectos del matrimonio, especialmente señalado en los ordenamientos anglosajones³⁶. En esencia, en tanto que las contribuciones a las cargas de la familia son estables e integran los efectos patrimoniales del matrimonio o de la unión registrada durante toda la vida de éstos, las obligaciones alimentarias surgen por lo general con ocasión de una crisis de la pareja.

bd) La sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges o miembros de una unión registrada

37. No se somete a los Reglamentos comentados en estas líneas por cuanto se dispone de otro *ad hoc*, el 650/2012, de 4 de julio³⁷. Exclusión no debería ser sinónimo de ausencia de coordinación entre los Reglamentos cuando el causante estuviera casado o fuese miembro de una unión registrada, pues el *iter* lógico exigiría en primer término liquidar la sociedad patrimonial de la pareja para, seguidamente, liquidar la sucesión del fallecido; de ahí que lo adecuado fuera que una única autoridad resultase competente para ambas cuestiones y que aplicara un mismo ordenamiento estatal a ambas³⁸. En lo que atañe a la determinación de la competencia de autoridades el artículo 4 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 sí acomete tal operación consagrando la plausible acumulación del conocimiento de ambas cuestiones por la misma autoridad, lo que aporta previsibilidad, seguridad jurídica y economía de recursos (*infra*).

³⁵ Está vigente en todos los Estados de la UE incluida Dinamarca (aunque este Reino no aplica ciertas normas, en particular las relativas a la Ley aplicable y a la cooperación entre las autoridades centrales).

³⁶ P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación -fragmentada- del Derecho Internacional Privado de la UE en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41 (2017), pp. 184 y 188 e I. VIARENGO, “The EU Proposal...”, *cit.*, pp. 205-206.

³⁷ Es aplicado por las autoridades de todos los Estados de la UE salvo Dinamarca, Reino Unido e Irlanda.

³⁸ *Cfr.* en esta línea M. ÁLVAREZ TORNE, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law”, en K. BOELE-WOELKI y T. SVERDRUP (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Amberes, Intersentia, 2008, pp. 395-410; A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 217-231; y A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, *cit.*, pp. 583-591, esp. 587-588. En la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo para trabajar sobre las propuestas de Reglamentos de la Comisión, celebrada el 15 de abril de 2011, la necesidad de esta coordinación fue puesta de manifiesto por las delegaciones de los Países Bajos, Eslovaquia, Alemania, Luxemburgo, Finlandia, Reino Unido, Italia, Lituania, Bélgica y España; en la siguiente reunión (16 de mayo de 2011) la Comisión respondió que la coordinación total no era posible por “las diferencias de contexto” (*sic*).

38. En lo que concierne a la determinación del Derecho aplicable en cambio la solución es bien diferente: el Reglamento 650/2012 excluye de su ámbito de aplicación material “las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio” (artículo 2.d), en tanto que los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 declaran su no aplicación a la sucesión del cónyuge o del miembro de la unión registrada fallecidos. Pero el Reglamento sucesorio reconocía la necesidad de una coordinación normativa con los Reglamentos que habían de venir en materia de efectos económicos del matrimonio y de las uniones registradas (considerando 12)³⁹. La realidad es que los dos Reglamentos sobre efectos económicos del matrimonio y de las uniones registradas han ignorado el desiderátum de su mismo legislador dado que no han establecido ninguna regla de coordinación entre ellos y el Reglamento sucesorio⁴⁰. La consecuencia práctica es un vacío jurídico, un agujero negro, en el que la inseguridad –incluso la contradicción– hallarán calvo de cultivo: basta comparar las soluciones de los tres instrumentos para determinar la Ley aplicable en caso de elección (artículo 22 de los tres Reglamentos) y en el supuesto de ausencia de elección (artículo 23 del Reglamento 650/2012 y artículo 26 de los Reglamentos de 2016) para concluir que es perfectamente factible que un ordenamiento estatal se aplique a la disolución del régimen económico del matrimonio o de la unión registrada del causante y otro a su sucesión *mortis causa*⁴¹. Lo que, en definitiva, nos aboca a eventuales resultados de

³⁹ “(L)as autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios”; A. BONOMI (“Article 1^{er}”, *cit.*, p. 91) aprecia en esta expresión una llamada a la adaptación y M. WELLER (“Article 1”, *cit.*, p. 87) considera la expresión “tener en cuenta” lo suficientemente flexible como para incluir en ella la necesaria coordinación entre los dos sectores.

El planteamiento se reproduce en el contenido del propio certificado sucesorio europeo al tenerse que cumplimentar el anexo III (“Información sobre el régimen económico matrimonial o equivalente del causante”) del formulario V (que debe utilizarse para emitir dicho certificado) consagrado en el Reglamento de ejecución (UE) 1329/2014, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014 (*Diario Oficial* L 359, de 16 de diciembre de 2014). Con ello se produce un plausible acercamiento entre estos dos sectores normativamente descoordinados, como recalcan I. ANTÓN JUÁREZ (“Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 2, pp. 769-780), D. DAMASCELLI (“Brevi note sull’efficacia probatoria del certificato successorio europeo riguardante la successione di un soggetto coniugato o legato da unione non matrimoniale”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, nº 1, pp. 67-81), para quien no incluir las cuestiones sobre efectos patrimoniales de los esposos o miembros de la unión registrada en el certificado sucesorio europeo convertiría a éste en inútil y de peor calidad que otros certificados sucesorios nacionales, y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (*Las sucesiones “mortis causa” en Europa...*, *cit.*, pp. 151-152 y 157), quien señala que el Reglamento sucesorio sí que se aplicaría a supuestos especiales del Derecho español -desconocidos en otros- como los legados sobre cuota o bienes gananciales, que se adjudican en la posterior herencia, y que, en cambio, los Reglamentos de 2016 se aplicarían a los derechos de viudedad ligados al régimen económico matrimonial como la viudedad aragonesa o la tenuta navarra; de esta misma opinión parece ser A. SERRANO DE NICOLÁS (“Reglamento [UE] 650/201: aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial”, en M.E. GINEBRA MOLINS y J. TARABAL BOSCH [coords.], *El Reglamento [UE] 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Pons, 2016, p. 54 y “El Reglamento [UE] 650/2012 y su repercusión en ciertos aspectos patrimoniales y matrimoniales”, *Revista Aranzadi UE*, 2016, nº 7, p. 80).

⁴⁰ En este sentido *cf.*, entre otros, P. QUINZÁ REDONDO y J. GRAY, “La (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2013, pp. 513-542. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, considera esta cuestión lamentable por dañar la certeza legal y la seguridad jurídica (*El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, p. 37).

Esta cuestión suele ser resuelta por los legisladores mediante la técnica de la adaptación ora material (que parece más apropiada si las diferencias entre los ordenamientos en presencia son relativas), ora conflictual (que tiene por objeto coordinar los Derechos aplicables), siendo esta solución la prevista en numerosos sistemas de Derecho internacional privado de fuente estatal (*cf.* A.M. BALLESTEROS BARROS, “Los derechos del cónyuge superviviente en las sucesiones internacionales: reflexiones sobre la calificación y la adaptación en Derecho internacional privado”, en J. RAMOS PRIETO y C. HORNERO MÉNDEZ [coords.], *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pp. 233-247, esp. 237 ss.). Un estudio comparado demuestra que en ocasiones el legislador se inclina por aplicar la *lex successionis* a la cuestión matrimonial y en otras por aplicar la Ley del régimen matrimonial a la sucesión, siendo la última de las soluciones la más común (así, el artículo 9.8, de nuestro Código Civil); acerca de los argumentos a favor de una y otra tesis véanse E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, pp. 241-242 y E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 116-117.

⁴¹ Las diferencias se producen en el primer caso en cuanto a las personas facultadas para elegir, en cuanto al Derecho que cabe elegir y en cuanto al momento en el que hacerlo. Respecto de los criterios objetivos de conexión consagrados para desig-

desequilibrio a causa de atribuciones patrimoniales en exceso o en defecto a las personas implicadas en estas situaciones (en particular al cónyuge o al miembro de la unión registrada supervivientes)⁴².

39. *De lege lata* la solución a esta complejidad procede de una doble vía: con carácter preventivo es recomendable a las partes -y a sus asesores jurídicos- la planificación de la globalidad de la situación mediante las fórmulas que los Reglamentos ofrecen para que un mismo ordenamiento estatal resulte aplicable a la disolución del régimen económico del matrimonio o de la unión registrada y a la ordenación de la sucesión *mortis causa* del cónyuge o del miembro de la unión en cuestión; de no haberse llevado a cabo esta tarea se requerirá una labor artesanal, perspicaz, para procurar evitar las nocivas consecuencias de la aplicación de distintos ordenamientos estatales a cuestiones tan estrechamente vinculadas entre sí, labor cuyo éxito difícilmente cabe augurar⁴³. *De lege ferenda* la solución ha de venir con ocasión de la revisión de la aplicación de los Reglamentos pasados varios años de su vigencia, para lo que ya se dispondrá de una jurisprudencia relevante del Tribunal de Luxemburgo⁴⁴.

40. La complejidad del cuadro expuesto se incrementa con el artículo 23.2.b) del Reglamento 650/2012 cuando, al identificar el contenido material de la *lex successoria*, hace referencia *inter alia* a la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, “incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supervivientes”. Esta mención no debe confundirse con la inaplicación del Reglamento sucesorio para determinar la Ley aplicable a los efectos económicos de los matrimonios y de las uniones registradas; pues en aquel precepto el legislador comunitario está precisando una cuestión puramente sucesoria, como ha puesto claramente de relieve la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 1 de marzo de 2018 en el asunto C-558/16, *Mahnkopf*⁴⁵.

nar la Ley aplicable en defecto de elección las disfunciones se hallan en el dispar juego que tienen tales criterios -nacionalidad, residencia habitual y lugar de creación de la unión- en cuanto a su concreción personal, material y temporal; a lo anterior se añade la incógnita que pueda resultar, en los tres Reglamentos, de la utilización de la cláusula de los vínculos más estrechos en ellos consagrada.

⁴² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, cit., p. 562 y E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo...*, cit., p. 17.

⁴³ En palabras de A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (*Las sucesiones “mortis causa” en Europa...*, cit., p. 1513) la coexistencia de dos Leyes aplicables conlleva conflictos latentes cuando conducen a soluciones irreconciliables por la incompatibilidad de ambas (ausencia o superposición de derechos del cónyuge, aplicación de Leyes de países distintos no compatibles,...); según J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*El Reglamento sucesorio europeo...*, cit., p. 37) esta descoordinación fomenta la litigación y la no negociación entre las partes, pues se alienta a entrar en una carrera hacia el tribunal y a practicar el más agresivo *forum shopping* posible para lograr la aplicación de la Ley más favorable para el actor. En cambio, P. LAGARDE sostiene la inconveniencia de determinar aplicable un solo ordenamiento jurídico a la sucesión y al régimen patrimonial (“Règlements 2016/1103 et 2016/1104 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2016, n° 3, p. 677).

⁴⁴ Para el Reglamento 650/2012 el informe de la Comisión relativo a dicha aplicación se presentará a más tardar el 18 de agosto de 2025 (artículo 82); y para los Reglamentos de 2016 el 29 de enero de 2027 (artículo 68).

⁴⁵ El *Kammergericht* de Berlín había planteado una extensa y compleja cuestión prejudicial a propósito de la inclusión en el ámbito de aplicación material de la *lex successoria* de la previsión contenida en el artículo 1371, apartado 1, del Código Civil alemán, que dispone el incremento en un cuarto adicional de la parte alícuota de la legítima correspondiente al cónyuge superviviente en caso de disolución del régimen de participación en las ganancias (*Zugewinnsgemeinschaft*) al efectuarse el reparto de los bienes gananciales. El Tribunal de Luxemburgo responde afirmativamente a la duda justificándolo en que ese artículo “no trata del reparto de bienes patrimoniales entre los cónyuges, sino que aborda la cuestión de los derechos del cónyuge superviviente respecto a los bienes ya contabilizados dentro de la masa hereditaria. En estas condiciones, no parece que el objeto principal de ese artículo sea repartir los bienes patrimoniales o la liquidación del régimen económico matrimonial, sino más bien determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge superviviente con respecto a los otros herederos. En consecuencia, un precepto como este se refiere principalmente a la sucesión del cónyuge fallecido y no al régimen económico matrimonial. Por lo tanto, una norma de Derecho nacional como la controvertida en el litigio principal corresponde a la materia sucesoria a efectos del Reglamento 650/2012” (fundamento jurídico 40). Sobre esta resolución véase entre nosotros J.M. FONTANELLAS MORELL, “La delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Crónica de DIPr*, 2018, n° 1, pp. 27-38 y “Los derechos legales del cónyuge superviviente en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado”, *Diario La Ley UE*, n° 61 (31 de julio de 2018).

be) La seguridad social

41. Aunque cabría considerarla proscrita entre las cuestiones administrativas (*supra*)⁴⁶, el legislador ha querido resaltarla concediéndole un precepto propio por dos motivos. Primero por si en algún país parte en los Reglamentos el régimen patrimonial del matrimonio o de las uniones registradas estuviese vinculado con la seguridad social. Segundo para distinguir esta cuestión de la siguiente.

bf) El derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges o los miembros de la unión registrada, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio o en caso de disolución o anulación de la unión, de los derechos de pensión, de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio o la vigencia de la unión registrada y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante el matrimonio o la unión.

42. El considerando 23 de los Reglamentos nos proporciona una serie de criterios exegéticos de interés para esta norma: a) precisa que la exclusión afecta a los derechos de pensión de jubilación o de invalidez “cualquiera que sea su naturaleza”; b) insta a tener en cuenta “los sistemas específicos existentes en los Estados miembros”; c) dispone que la exclusión debe ser interpretada de forma estricta; y d) como consecuencia de esto último, señala que la exclusión no se aplica a la cuestión de la clasificación de los activos de pensiones, los importes que ya se hayan abonado a uno de los cónyuges durante el matrimonio o a uno de los miembros de la unión registrada durante su vigencia y la posible compensación que se concedería en caso de pensiones suscritas con bienes comunes⁴⁷.

bg) La naturaleza de los derechos reales sobre un bien.

43. Es otra de las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material de los dos Reglamentos de 2016⁴⁸. Conforme a lo establecido en su artículo 27, el ordenamiento declarado aplicable cubre la transmisión, transferencia, atribución o distribución de bienes (mobiliarios e inmobiliarios) y derechos de los cónyuges o miembros de la unión registrada. Pero queda reservada a la competencia exclusiva de los Estados la naturaleza de éstos como materia no armonizada por la UE. Ello se explica, según lo relatado en el considerando 24, por el “número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros”, de tal manera que “(no) se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su Derecho desconoce el derecho real de que se trate”⁴⁹.

⁴⁶ En este sentido M. GÓMEZ JENE, “Artículo 1”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES y otros (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 71. El autor recuerda, citando el Informe de P. JÉNARD sobre el Convenio de Bruselas de 1968 (*Diario Oficial C* 189, 28 de julio de 1990, p. 133), que, pese a no existir un concepto común de seguridad social a nivel de la Unión, formarían parte del mismo entre otras la atención médica, las indemnizaciones por enfermedad, así como las prestaciones familiares por maternidad, por desempleo, de invalidez, de vejez, a los supervivientes y por trabajo y enfermedades profesionales.

⁴⁷ Se trata de una regla compleja justificada por la peculiaridad de los sistemas austriaco, alemán o neerlandés -entre otros- en la materia y que fue objeto de prolongadas discusiones en el seno del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE. A lo largo de ellas la delegación española sostuvo que se había de excluir de los Reglamentos el derecho a la pensión (esto es, si se tiene o no) pues tal derecho se regularía del siguiente modo: de tratarse de una pensión pública (jubilación, viudedad, etc.) por el Derecho público y de tratarse de una privada por la Ley reguladora del contrato del que derivasen (por ejemplo, de seguro); aclarado esto, el Reglamento se aplicaría únicamente a las cantidades recibidas como consecuencia de la pensión. Tampoco formarían parte del ámbito de aplicación de los dos instrumentos la pensión compensatoria, que no pertenece al régimen económico matrimonial y cuyo Derecho aplicable se determina por el Reglamento 4/2009 y por el Protocolo de La Haya de 2007 (*supra*).

⁴⁸ En relación con el precepto similar del Reglamento sucesorio europeo, G. ALONSO LANDETA afirma que esta exclusión no es sólo una necesidad práctica, sino también una cuestión política que entronca con las soberanías de los Estados y su derecho a ordenar los recursos económicos y la riqueza de la nación (“Artículo 1”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO [dirs.], *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento [UE] 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 25).

⁴⁹ La exclusión de los derechos reales se refiere al conjunto de facultades que integran el derecho así como a su extensión, duración, condiciones para su efectiva transmisión, efectos y extinción (G. ALONSO LANDETA, *ibidem*).

Este planteamiento puede entorpecer o impedir el objeto de los Reglamentos de procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas, en concreto impidiendo que los cónyuges o miembros de la unión disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos en otro país como consecuencia del régimen económico del matrimonio o de la unión registrada (considerando 25). Por ello el propio legislador comunitario ha previsto la adaptación de un derecho real desconocido al derecho equivalente más cercano del Derecho nacional de ese otro Estado miembro; esta operación ha de ser funcional y no nominal, esto es, teniendo en cuenta “los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos”⁵⁰.

bh) Cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

44. Ello se justifica por el celo particular de determinados Estados -entre ellos España- en salvaguardar sus competencias exclusivas respecto de su sistema registral público⁵¹. De los considerandos 27 y 28 de los Reglamentos se desprende que los aspectos que forman parte de la reserva estatal en materia registral son los siguientes⁵². 1º Los requisitos de la inscripción registral, siendo la *lex registrii* o Derecho del Estado miembro en el que se ubique el registro -que para los bienes inmuebles coincide con la *lex rei sitae*- el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realizará la inscripción (por ejemplo plazos para ella, documentos admitidos, etc.). 2º Las autoridades competentes para verificar que se reúnen todos los requisitos para la inscripción y que los documentos presentados o formalizados son suficientes o contienen la información necesaria⁵³; en particular podrán comprobar que el derecho de los cónyuges o de los miembros de la unión sobre los bienes mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro sede del registro⁵⁴. 3º La exigencia por tales autoridades, a quienes soliciten la inscripción, de información o documentos adicionales requeridos por la *lex registrii* (como, por ejemplo, en materia de pago de impuestos), pudiendo la autoridad competente indicar al solicitante cómo proporcionar la información o los documentos que

⁵⁰ Añade el considerado 25 que a tal fin se podrá contactar con las autoridades o personas competentes del Estado cuyo ordenamiento nacional se haya aplicado al régimen económico para recabar más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho; a este objeto podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la Ley extranjera. La adaptación a la que hacemos referencia ha sido disciplinada en el artículo 29 de los Reglamentos (*infra*), si bien dispone su considerando 26 que es compatible con otras posibles formas de adaptación en el contexto de ellos (por ejemplo, la comercial, la civil o la administrativa).

⁵¹ En relación con el precepto similar del Reglamento sucesorio europeo A. BONOMI (“Article 1^{er}”, *cit.*, p. 133) resalta que ha de tratarse de registros públicos, esto es, organizados en virtud de la Ley; el autor incluye entre ellos tanto los registros organizados exclusivamente bajo la forma de inscripción electrónica (como es el caso de ciertos registros de instrumentos financieros), como los registros supraestatales (por ejemplo el creado por el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, en vigor en España desde el 1 de octubre de 2013). Sobre esta cuestión véase S. VAN ERP, “The new Succession Regulation: The *lex rei sitae* in need of reappraisal?”, *European Property Law Journal*, 2012, n° 2, pp. 187-190, esp. p. 188.

⁵² Sobre ello véase, entre nosotros, E. CASTELLANOS RUIZ, “Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: Su inscripción en el registro de la propiedad”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 33 (2018), pp. 11-46; M.C. MINGORANCE GOSÁLVEZ, “Registro de la propiedad y régimen económico de los matrimonios extranjeros en España”, *Revista de Derecho Privado*, 2010, n° 5-6, pp. 59-74; y P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La RDGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millennium DIPr.*, n° 6 (diciembre de 2017).

⁵³ Dichas autoridades podrían ser, según los sistemas, los registradores de la propiedad o los notarios por ejemplo. Téngase presente que los Reglamentos salvaguardan la competencia exclusiva de los Estados miembros para designar las autoridades competentes en este campo así como sus funciones (artículo 2).

⁵⁴ Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades registrales deben aceptar los documentos expedidos en otro Estado miembro por las autoridades competentes cuya circulación se dispone en los Reglamentos; a ello dedican el capítulo V, en particular el artículo 58.

faltan. 4º Los efectos de la inscripción de los derechos en el registro⁵⁵, correspondiendo en consecuencia a la *lex registrii* determinar si la misma produce, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo⁵⁶.

4. Las definiciones incluidas en los Reglamentos

45. Estudiado el ámbito de aplicación material de los Reglamentos de 2016 en sus perspectivas positiva y negativa, procede a continuación abordar las definiciones que contienen “a efectos de” tales instrumentos (artículo 3), esto es, incorporando conceptos autónomos y propios que pueden no coincidir con los correspondientes en los ordenamientos de los Estados miembros. La finalidad es evitar tanto disparidades en su exégesis y aplicación por las autoridades nacionales como problemas calificadorios.

A) Matrimonio y unión registrada

46. Estas dos deberían ser las primeras definiciones de los Reglamentos. Empero según se explicó *supra* el 2016/1103 no incluye una definición de matrimonio. En cambio el 2016/1104 sí de unión registrada, a la que conceptúa como régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación⁵⁷; ahora bien, a fin de respetar las peculiaridades de los Estados miembros así como sus competencias normativas el legislador de la UE ha querido precisar que este concepto es meramente funcional pues debe ser utilizado únicamente a efectos de tal Reglamento: es decir, que el *contenido real* de dicho concepto ha de seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros y que ninguna de las disposiciones del Reglamento obliga a aquellos cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecerla en su sistema jurídico (considerando 17)⁵⁸.

47. Una primera lectura de la definición del artículo 3 del Reglamento nos revela la exigencia de concurrencia de dos condiciones para abordar la regulación de los efectos patrimoniales de las uniones registradas: la exclusión del matrimonio y el registro obligatorio.

48. 1ª Por lógica la pareja en cuestión no podría ser formalmente un matrimonio. La unión podrá desplegar efectos parecidos, y aun idénticos, a los del matrimonio; pero nunca podrá ser calificada como matrimonio desde un punto de vista formal dado que éste dispone de sus propias normas sobre régimen económico⁵⁹.

⁵⁵ A lo que hay que añadir los efectos de la no inscripción (A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa*, cit., p. 108).

⁵⁶ Cuando la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble requiera su inscripción con arreglo a la *lex registrii* de un Estado miembro, el momento de dicha adquisición se regirá por esa misma Ley con el objeto de garantizar el efecto *erga omnes* de los registros o de proteger las transacciones jurídicas.

⁵⁷ La codificación internacional nos ofrece otra definición de unión registrada: la contenida en el artículo 1 del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 2007 sobre el reconocimiento de las uniones de hecho inscritas (elaborado en el marco de la Comisión Internacional del Estado Civil): un compromiso de vida en común entre dos personas del mismo sexo o de sexo diferente que dé lugar a una inscripción registral efectuada ante una autoridad pública, con excepción del matrimonio. Este instrumento sólo ha sido firmado por Portugal (el 1 de octubre de 2008) y por España (el 23 de julio de 2009), pero únicamente lo ha ratificado nuestro Reino (el 4 de agosto de 2010); dado que su artículo 19.1 exige la ratificación, aceptación o aprobación por dos Estados para su entrada en vigor, el Convenio aún no es aplicable. Sobre él véanse G. GOLDSTEIN y H. MUIR-WATT, “La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés”, *Journal du Droit International*, 2010, nº 4, pp. 1085-1125.

⁵⁸ En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE, la Comisión planteó la posibilidad de incluir un listado de figuras de esta índole admitidas en los ordenamientos de los Estados miembros, si bien no se llevó a cabo.

⁵⁹ En los casos en que dos personas estén casadas y, simultáneamente, registradas como unión se plantearía la cuestión de si los efectos patrimoniales se producirían, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, respecto de una u otra de las instituciones: en ausencia de reglas sobre la primacía de una de ellas la solución podría consistir en dejar la decisión a las personas concernidas (cónyuges y, al mismo tiempo, miembros de la unión); a falta de decisión, la solución objetiva podría ser de naturaleza temporal, es decir, la institución posterior prevalecería sobre la anterior: por consiguiente la determinación de

49. 2ª La segunda condición esencial que deriva de la definición de unión registrada en este último texto (y también en el Convenio de Múnich de 2007) es precisamente ésta, el registro obligatorio⁶⁰; por tanto excluiríamos del ámbito de aplicación del Reglamento las uniones libres que no dan origen a elemento formal alguno⁶¹. Se ha de considerar por registro la inscripción de la unión en un registro público u oficial y, por tanto, por una autoridad igualmente pública⁶²; lo que supone que pueda ser consultado por terceros. En España carecemos de un registro *ad hoc* de regímenes económicos matrimoniales o de efectos patrimoniales de las uniones registradas a diferencia de otros países europeos; la creación del mismo resolvería muchas dificultades, aunque las modificaciones introducidas en el Registro Civil por el artículo 60 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, paliarán en gran medida esas dificultades (al menos en lo que concierne a los matrimonios).

50. Respecto de las uniones registradas casi todo son problemas⁶³; conforme al espíritu y a la letra del Reglamento 2016/1104, dependerían de los ordenamientos estatales las siguientes cuestiones: la existencia y el “contenido real” de las uniones de hecho registradas (considerandos 21 y 17), pues en el concepto y naturaleza de esta figura el Reglamento apenas exige que se trate de una unión “registrada” (artículo 3.1.a); el concepto y naturaleza del registro (considerandos 16 y 28); los principios y requisitos para la inscripción registral; y las autoridades competentes para practicar las inscripciones (considerando 29 y artículos 2, 3.2, 63 y 64). En nuestro sistema, como es bien sabido, todas esas cuestiones tienen un tratamiento fragmentario o atomizado por la ausencia de normativa estatal y la proliferación de legislaciones de las Comunidades Autónomas⁶⁴.

la autoridad competente para conocer del asunto y del ordenamiento aplicable al fondo se sujetaría a las normas de Derecho internacional privado del Estado en cuestión (en los países que aplican los Reglamentos, del 2016/1103 ó del 2016/1104). En el caso -raro- de creación simultánea de las dos figuras sería de nuevo la voluntad de las personas afectadas (cónyuges y miembros de la unión) el criterio para concretar la primacía; a falta de ello podría prevalecer la figura más protectora para los esposos, los hijos o los terceros en la legislación del Estado en cuestión (en muchos casos el matrimonio, que suele reconocer, entre otros, efectos sucesorios al cónyuge supérstite y/o a los hijos, derecho a pensiones, etc.).

⁶⁰ En los trabajos del Comité de Derecho Civil del Consejo, las delegaciones de Hungría y Eslovenia propusieron incluir en el ámbito de aplicación del hoy Reglamento 2016/1104 las uniones de hecho no registradas; la Comisión explicó que deliberadamente no se hizo en la propuesta originaria puesto que la cuestión no resultaba pacífica entre los Estados miembros; la delegación francesa defendió que esa inclusión provocaría inseguridad jurídica por cuanto la ausencia de registro de la unión impediría a los terceros conocer la existencia de la misma. Sobre el asunto véase entre nosotros A. CEBRIÁN SALVAT, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 1, pp. 127-143 y en perspectiva comparada 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*, 2017, nº 4, pp. 1103-1155, así como la interesante cuestión prejudicial sometida al Tribunal de Justicia en el asunto C-361/18 por el Szekszárdi Járásbíróság (Hungría) el 5 de junio de 2018 que plantea, *inter alia*, si el artículo 1.2.a) del Reglamento 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de si una acción de reintegro entre los miembros de una pareja de hecho no registrada está comprendida en un régimen que regula relaciones con efectos (jurídicos) comparables al matrimonio.

⁶¹ Esta exclusión afecta incluso a las uniones libres en las que los miembros hayan manifestado su voluntad en un documento auténtico ante notario o funcionario, dado que faltaría la eficacia *erga omnes* del consentimiento, que es típica del matrimonio y de la unión registrada: *cf. Rapport explicatif de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 de la Commission Internationale de l'État Civil sur la reconnaissance des partenariats enregistrés*, Estrasburgo, 2007, p. 17 (http://www.cieci.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/MBsAAENP4RdLc2Z3VklQT2FnLQA) y M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104...”, *cit.*, p. 9.

⁶² Autoridad que debe ser concretada por las legislaciones estatales: por ejemplo sería el caso del encargado del estado civil, de una autoridad judicial o de una autoridad administrativa, entre otras. Un estudio de Derecho comparado en algunos países europeos cabe hallar en el documento *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 (Rapport de synthèse)*, La Haya / Lovaina la Nueva, Consortium ASSER-UCL, 2003, p. 21: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf.

⁶³ *Cfr.* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El puzzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre los instrumentos europeos conexos”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 313-329.

⁶⁴ Sobre esta cuestión véanse, entre otros, L. GARAU JUANEDA, “Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco”, *Bitácora Millennium DIPr.*, nº 6 (diciembre de 2017); J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 1, pp.

51. Expuesto lo anterior, diversas son las cuestiones complejas que suscita el análisis del artículo 3 del Reglamento 2016/1104.

52. a) Una primera concierne a la naturaleza del registro de la unión, aspecto discutido en el que el Derecho comparado nos revela la existencia de supuestos -la mayoría- en que los legisladores le otorgan carácter constitutivo (la unión existe y produce efectos a partir de su registro) y de otros que lo hacen con carácter declarativo (en cuyo caso los efectos de la unión, una vez registrada, se retrotraen al momento de su creación). El Reglamento 2016/1104 no se pronuncia expresamente sobre este particular⁶⁵.

53. Una interpretación literal ha llevado a alguna doctrina a defender el carácter constitutivo del registro, lo que se apoyaría en que diversos pasajes identifican *creación* de la unión con su *registro*⁶⁶; aunque también cabría sostener la admisión de los dos tipos de efectos según el considerando 28. Ahora bien, en el artículo 3.1.a) se hace referencia a la Ley de creación de la unión sin indicar cuál sea ésta; en nuestra opinión no se trataría de la *lex causae* (u ordenamiento aplicable al fondo de los efectos patrimoniales de la unión) sino de la *lex registrii* (u ordenamiento del Estado de registro de la unión)⁶⁷. Por consiguiente, desde una interpretación finalista sería esta Ley la que indicaría si el registro de la unión en cuestión sería constitutivo o declarativo, cabiendo considerar pues que estarían ambas posibilidades admitidas por el Reglamento⁶⁸.

54. b) El Reglamento 2016/1104 tampoco se pronuncia acerca del lugar de registro de la unión. A nuestro parecer una exégesis sistemática y finalista del texto nos conduce a afirmar que la unión puede ser registrada en cualquier país del mundo. Los argumentos a favor de esta tesis, extraídos de M. SOTO MOYA, serían los siguientes⁶⁹: 1º el artículo 3.1.a) del Reglamento hace referencia a “la ley” que rige la unión y su registro sin exigir que sea la de un Estado miembro de la UE; 2º el instrumento paralelo previsto para los matrimonios (el Reglamento 2016/1103) tampoco limita su ámbito de aplicación material a los cele-

233-247; D. MARÍN CONSARNAU, “Las ‘uniones registradas’ en España como beneficiaria del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 2, pp. 419-447; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, cit., pp. 169-187; M. SOTO MOYA, “El Reglamento (UE) 2016/1104...”, cit., pp. 18 ss.; y A. URRUTIA BADIOLA y B. IRIARTE ÁNGEL, “La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco”, *Bitácora Millennium DIPr.*, nº 7 (junio de 2018).

⁶⁵ A diferencia del informe explicativo del Convenio de Múnich de 2007 que señala que las uniones con efectos declarativos son igualmente cubiertas por él, de tal modo que una vez registrada una unión ya constituida nada se opone al reconocimiento y retroactividad de los efectos de la inscripción (*Rapport explicatif...*, cit., p. 17).

⁶⁶ Ejemplos, artículo 3, apartado 1, letras a) y b) *in fine* o considerando 35. B. AÑOVIROS TERRADAS sostiene que las uniones estables previstas en el Código Civil de la Comunidad Autónoma de Cataluña no estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1104 pues, pese a la existencia de un registro creado en 2015, se trata de un registro voluntario a los efectos de la sola publicidad de la unión (“Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA [dirs.], *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, cit., p. 249).

⁶⁷ Esta exégesis resulta más clara de la versión inglesa del artículo 3.1.a) del Reglamento. Será la legislación del Estado sede del registro la que establecerá las exigencias relativas a la inscripción (condiciones legales y modalidades), las autoridades encargadas de verificar que todos los requisitos se han respetado y que los documentos presentados o formalizados son suficientes o contienen la información necesaria (registradores de la propiedad o notarios) y los efectos (constitutivos o declarativos) de la inscripción: considerandos 27 y 28 de los Reglamentos.

⁶⁸ La interpretación histórica de la norma lamentablemente aporta poca luz. En la reunión del 11 y 12 de febrero de 2013 del Comité de Derecho Civil del Consejo, la delegación de Suecia preguntó qué significaba que el registro fuera “obligatorio” (*mandatory*) a lo que la Presidencia respondió que el procedimiento de registro dependía de cada Estado; la delegación española indicó que la obligatoriedad suscitaba dudas y que si se entendía como requisito *sine qua non* para la existencia de la unión habría que ofrecer una redacción más clara, de lo que la Presidencia tomó nota si bien nada se hizo. En la reunión del 12 de abril de 2013, teniendo presente que el registro podría no ser constitutivo sino declarativo, la delegación alemana propuso hacerlo constar en la definición de unión registrada; la Presidencia replicó que podría considerarse tal propuesta, si bien tampoco hizo nada. Finalmente, alguna otra delegación defendió añadir la idea de una unión “objeto de registro” en el sentido de admitir la existencia de unas uniones ya creadas, esto es, de aceptar también los efectos declarativos del registro; esta idea no prosperó.

⁶⁹ “El Reglamento (UE) 2016/1104...”, cit., pp. 10-11.

brados ante una autoridad de un país comunitario; 3º el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales de una unión registrada puede ser el de cualquier Estado dado el carácter universal del mismo (artículo 20 del Reglamento 2016/1104, *infra*); 4º finalmente, cuando el legislador europeo ha decidido limitar expresamente el ámbito de aplicación objetivo de sus normas en este campo lo ha realizado claramente⁷⁰.

55. c) Una tercera cuestión compleja derivada del presente precepto de este instrumento atañe al vínculo exigido a la pareja para el registro de su unión en el Estado de que se trate. Un estudio de Derecho comparado nos demuestra que los legisladores nacionales lo concretan de modo dispar: la nacionalidad de uno o ambos miembros, o la residencia habitual –con frecuencia de los dos– en su territorio con variaciones acerca de su duración⁷¹. En cualquier caso se trata de aspectos que cubre la *lex registrii* y en los que el Reglamento no puede ni debe entrar.

56. d) Una última consideración a propósito de la delimitación del concepto de unión registrada concierne al sexo de sus miembros. Como en el caso del matrimonio, la realidad social y jurídica nacional nos ofrece un panorama tan variado que conduce a los legisladores supraestatales –y estatales– a distintas respuestas. Por ejemplo, el Convenio de Múnich de 2007 expresamente se refiere en su artículo 1 a la igualdad o disparidad de sexo de los miembros de la unión (*supra*); en cambio el legislador comunitario ha preferido no intervenir en este campo para respetar las peculiaridades nacionales, siendo esta la razón por la que el artículo 1.2.b) del Reglamento 2016/1104 excluye de su ámbito de aplicación “la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada” (véase el considerando 17 *supra*).

57. De este modo se consagra el principio de remisión a los sistemas jurídicos nacionales para concretar el concepto de unión registrada (incluyendo el sexo de sus componentes) y, simultáneamente, se establece una cláusula de salvaguarda para impedir imponer una determinada concepción nacional de la unión a otros Estados que no la compartan o acepten⁷². Si bien la solución parece políticamente correcta, en la práctica da lugar a la inseguridad pues será preciso conocer la concepción de un país sobre la unión registrada para que las autoridades puedan ejercer la competencia judicial o aplicar una Ley estatal. Lo que puede desembocar en problemas para los Estados que sólo admitan el vínculo entre personas del mismo sexo a través del matrimonio (Finlandia o Suecia) o de la unión registrada (Austria o Italia); en este sentido se ha planteado que no sería descartable, en los países en que la unión registrada despliegue efectos idénticos al matrimonio, la aplicación del Reglamento 2016/1103 en lugar del 2016/1104⁷³.

⁷⁰ Es el caso del artículo 2.2.b) de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*Diario Oficial* L 158, de 30 de abril de 2004), que entiende por “miembro de la familia” a “la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro”, limitación ésta que no se ha querido reproducir en el Reglamento 2016/1104.

⁷¹ Algunos países se limitan a exigir un plazo mínimo de simple residencia, como ocurre en el Reino Unido con la *Civil Partnership Act* 2004, *section* 8.1(a) que sólo requiere una residencia de siete días previos a la solicitud de registro. Otros ni siquiera exigen la residencia, cual es el caso de Alemania conforme a la *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 febrero de 2001, modificada el 20 de julio de 2017; sobre ello véase K. THORN, “The German Conflict of Laws Rules on Registered Partnership”, en K. BOELE-WOELKI y A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Amberes / Oxford, Intersentia, 2003, p. 162.

⁷² En buena medida, la decisión de Hungría y de Polonia en la sesión del Consejo JAI de diciembre de 2015 de no participar en este instrumento –y tampoco en el paralelo 2016/1103– estuvo fundada en la idea de no admitir –siquiera indirectamente– las consecuencias de los matrimonios o de las uniones registradas entre personas del mismo sexo válidas en otros sistemas; ello derivó en la necesidad de recurrir a la cooperación reforzada para la aprobación de ambos Reglamentos (artículo 70 y considerandos 11, 12, 13 y 70). P. LAGARDE lamenta la posición de esos dos países, máxime cuando los Reglamentos ofrecen garantías suficientes para no tener que reconocer situaciones no admitidas en sus ordenamientos (“Règlements 2016/1103 et 2016/1104...”, *cit.*, p. 676). Desde la primera reunión de trabajo del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE sobre las propuestas de Reglamentos de la Comisión (15 de abril de 2011), Polonia ya había advertido de su incompatibilidad con el artículo 18 de su Constitución, que prevé como única forma de unión el matrimonio entre hombre y mujer; sobre la posición polaca véase P. TWARDUCH, “Le Règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du Droit polonais”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2016, n° 3, pp. 465-467.

⁷³ D. MARTINY, “Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht...”, *cit.*, pp. 443 ss. y H. MOTA, “Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho”, *Revista Electrónica de Direito*, 2017, n° 2, p. 14.

B) Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de la unión registrada

58. La segunda definición del artículo 3 es la de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de la unión registrada, entendiéndose por tales el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o los miembros de la unión y con terceros, como resultado de la celebración del matrimonio o de la unión jurídica creada por el registro de la unión o de su disolución⁷⁴. Según se adelantó, el legislador comunitario manifiesta un ánimo de aplicación de los Reglamentos al más extenso cambio posible de materias relacionadas con las relaciones patrimoniales de ambas figuras desde su nacimiento hasta su extinción. En esta definición cabe apreciar que se hace referencia al aspecto normativo (es decir, al conjunto de normas reguladoras, sean imperativas, dispositivas o aplicables por defecto), al objeto regulado (el contenido patrimonial de las relaciones), a los efectos (entre los cónyuges o miembros de la unión *ad intra* y respecto de terceros o *ad extra*) y al plano temporal (en cuanto al *dies a quo* del inicio con la celebración del matrimonio o de la creación de la unión y el *dies ad quem* con su extinción mediante la separación o disolución del vínculo). La interpretación autónoma a la que hemos aludido es recalca expresamente respecto del matrimonio para esta definición por el considerando 18 del Reglamento 2016/1103, que indica que asimismo se incluyen en el régimen económico matrimonial los pactos o capitulaciones matrimoniales previstos por algunos ordenamientos estatales, a los que dedicamos las líneas que siguen.

C) Capitulaciones matrimoniales o de la unión registrada

59. El artículo 3.1.b) de los Reglamentos define esta institución como el acuerdo en virtud del cual los cónyuges o miembros de la unión registrada, o los futuros cónyuges o miembros de la unión registrada, organizan el régimen económico de su matrimonio o los efectos patrimoniales de su unión⁷⁵. Se aprecian en este concepto referencias al elemento temporal (el acuerdo puede concluirse antes o después de la celebración del matrimonio o de la creación de la unión) y al sustantivo (lo que se conviene es la organización de los efectos patrimoniales del vínculo).

60. Los Reglamentos recogen con esta figura la realidad de la admisión en la mayor parte de los Estados miembros de virtualidad a la voluntad de los interesados en la ordenación de su régimen presente o futuro, aun cuando se produzcan variaciones entre ellos (considerandos 48 y 47, respectivamente). Lo cual se enmarca en un contexto de evolución general de las mentalidades de reconocer una mayor autonomía y responsabilidad a las personas en el Derecho de familia y de sucesiones en general y en el matrimonio o en las uniones registradas en particular⁷⁶.

61. La voluntad de los cónyuges o miembros de la unión registrada puede manifestarse en distintos ámbitos del régimen económico del matrimonio o de la unión. Así, puede serlo para elegir entre

Como ha indicado M. SOTO MOYA (“El Reglamento [UE] 2016/1104...”, *cit.*, pp. 16-17) la solución podría alcanzarse aplicando el principio de no discriminación previsto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, al que hacen referencia el artículo 38 y los considerandos 53 y 71 del Reglamento: *cf.* S. MARINO, “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: The Patrimonial Effects of Family Relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 1, p. 269.

⁷⁴ Señala adecuadamente I. VIARENGO que esta definición recuerda la ofrecida por el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia en el asunto C-143/78, *De Cavel*, de 27 de marzo de 1979, dictada a propósito de la interpretación del artículo 1.2 del Convenio de Bruselas de 1968 (“The EU Proposal...”, *cit.*, p. 202). En la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE para trabajar sobre las propuestas de Reglamento de la Comisión, celebrada el 15 de abril de 2011, ésta aclaró que el único aspecto abordado de los regímenes matrimoniales era el patrimonial, por cuanto los efectos personales pertenecían a la esfera de competencia de los Estados miembros; así se decidió también para las uniones registradas a partir de la reunión del 16 de mayo del mismo año. Ello significa que en el sistema español de Derecho internacional privado la Ley aplicable a los efectos personales del matrimonio se seguirán determinando por la norma de conflicto del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil.

⁷⁵ Sobre la materia véanse B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2017, pp. 821-845 y el clásico estudio de M.P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999.

⁷⁶ *Étude sur les régimes matrimoniaux...*, *cit.*, p. 183.

los distintos regímenes legales secundarios previstos en un sistema; o para diseñar un régimen *ad hoc* en aquello no prohibido por las normas imperativas o no dispositivas del régimen legal primario⁷⁷; o, en el plano internacional, para determinar la competencia de autoridades y/o el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio o de la pareja. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se centran en la concreción de la autoridad competente y de la Ley aplicable a las capitulaciones, haciendo referencia tanto a su forma (artículos 23 y 25) como a su fondo (artículo 27, letra g), según tendremos ocasión de estudiar.

62. Nada indican en cambio acerca de su aplicación a los llamados acuerdos prematrimoniales (*prenuptial agreements* o *prenups*) que, con origen en los sistemas anglosajones (en particular los Estados Unidos), adquieren cada vez más relevancia en los sistemas continentales⁷⁸. A través de ellos los futuros cónyuges -y, en su caso, los futuros miembros de una unión registrada- regulan en previsión de ruptura cuestiones diversas del matrimonio -o de la unión- tanto de carácter económico (relaciones patrimoniales durante la vida y a la extinción de la pareja, atribución de la propiedad de los bienes, renuncia a la pensión compensatoria, uso del hogar familiar, etc.) como de naturaleza personal (respecto de ellos y de los hijos: educación, guarda y custodia, régimen de visitas, etc)⁷⁹. Un análisis de esta figura a la luz de los Reglamentos nos conduce a las siguientes consideraciones⁸⁰: 1ª No todos los aspectos cubiertos por un acuerdo de este tipo tendrían cabida en los conceptos de régimen económico del matrimonio o de efectos patrimoniales de una unión registrada, sino únicamente aquellos que coincidieran con las definiciones *supra* expuestas. 2ª La clara delimitación temporal del *dies a quo* y del *dies ad quem* en los Reglamentos (*supra*) suscita dudas sobre el encaje de estos peculiares acuerdos en su ámbito de aplicación. 3ª No obstante, la referencia a los “futuros” esposos o miembros de la unión contenida en los Reglamentos (artículos 3.1.b y 22.1) ha sido entendida por algún autor como inclusiva de estos contratos en su ámbito material⁸¹. 4ª Siendo una cuestión que en algún momento habrá de resolver el Tribunal de Luxemburgo, siempre queda a la decisión de cada Estado aplicar a esta figura normas similares a las de los Reglamentos

D) Documento público

63. Por tal entiende el artículo 3.1.c) de los dos Reglamentos el documento en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de la unión registrada que ha sido formalizado

⁷⁷ Aunque los Reglamentos no hacen referencia al régimen primario, su invocación fue una constante de las delegaciones belga, francesa o luxemburguesa durante toda la discusión de las propuestas de la Comisión en el Comité de Derecho Civil del Consejo. Sobre este concepto y su incidencia en los citados textos véanse I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen: les Règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journal du Droit International*, 2017, nº 2, pp. 489-492; H. MOTA, “El ámbito de aplicación material...”, *cit.*, pp. 428-447 (esp. 429-441); y H. PÉROZ, “Les lois applicables au régime primaire: incidences du Règlement (UE) 2016/1103 sur le Droit applicable au régime primaire en Droit international privé français”, *Journal du Droit International*, 2017, nº 3, pp. 813-829.

⁷⁸ Sobre ellos véanse, entre otros, I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, nº 1, pp. 5-45; M.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; CH. CHALAS, “Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?”, *Journal du Droit International*, 2016, nº 3, pp. 781-826; y E. GALLANT, “Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce: quel ordre public?”, *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Nuria Bouza Vidal, InDret*, 2017, nº 1, pp. 139-164.

⁷⁹ Sus diferencias con los contratos o capitulaciones matrimoniales o de las uniones registradas son varias: en cuanto a la finalidad las capitulaciones regulan los efectos patrimoniales de la vida de la pareja en matrimonio o unión registrada en tanto que los *prenups* se celebran en previsión de ruptura; desde el punto de vista temporal las capitulaciones pueden concluirse antes o después de la celebración del matrimonio o de la creación de la unión, los *prenups* sólo antes; respecto del contenido las primeras sólo abordan cuestiones patrimoniales, los segundos patrimoniales y personales; en lo que atañe a la forma las capitulaciones suelen requerir para su validez un acto notarial, mientras que en los *prenups* impera la ausencia de formalismo excesivo; en cuanto a las fuentes las primeras se someten al Derecho positivo y los segundos a la jurisprudencia; finalmente, la modificación de una capitulación suele ser rígida y la de un acuerdo prenupcial flexible.

⁸⁰ La cuestión no se planteó en ningún momento a lo largo de los cinco años de trabajo del Comité de Derecho Civil del Consejo.

⁸¹ I. VIARENGO, “The EU Proposal ...”, *cit.*, p. 204, que sostenía que los futuros Reglamentos deberían pronunciarse sobre su inclusión o no.

o registrado -“formalmente”, añade únicamente el 2016/1104- como documento público en un Estado miembro y cuya autenticidad: a) se refiere a la firma y al contenido del documento público y b) ha sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin por el Estado miembro de origen. Exige por tanto este precepto un doble requisito de calificación del documento⁸².

64. 1º Por una parte que sea considerado *público ab origine*, esto es, en el Estado de su procedencia concretando éste en el de formalización o registro (es decir, en el que pertenezca la autoridad que lo expida o emita). Ello se debe a que, como indican los considerandos 58 y 57 respectivamente, “(p) ara determinar el valor probatorio de un documento público en otro Estado miembro o el efecto más parecido posible, debe hacerse referencia a la naturaleza y el alcance del valor probatorio del documento público en el Estado miembro de origen. Por lo tanto, el valor probatorio que un documento público tendrá en otro Estado miembro dependerá del Derecho del Estado miembro de origen”.

65. 2º Por otra parte se requiere que el documento público sea tenido además por *auténtico*, a cuyo fin el precepto establece condiciones propias relativas a la firma, al contenido y al autor (que a su vez debe ser autoridad pública o similar en el Estado de origen): en particular, señalan los considerandos 59 y 58, respectivamente, que “(1)a ‘autenticidad’ de un documento público debe ser un concepto autónomo que incluya aspectos como su veracidad, sus requisitos formales previos, las facultades de la autoridad que formaliza el acto y el procedimiento por el cual se formaliza éste”.

66. La rigurosidad de esta norma se explica por la necesidad de confiar en la veracidad del documento. Ello obedece a que los Reglamentos deben garantizar la aceptación y la fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros de los documentos públicos en materia de contenido patrimonial de los matrimonios y de las uniones registradas con el fin de tener en cuenta los diferentes sistemas para resolver los asuntos en este sector (considerandos 57 y 56, respectivamente). Uno de los pilares básicos de estos textos -y aun de todo el Derecho internacional privado comunitario- pues en pocas manifestaciones como en esta se aprecia la necesidad de la continuidad transfronteriza de las relaciones jurídicas que caracteriza el espacio judicial europeo⁸³. A este objeto dedican los Reglamentos su capítulo V, en particular los artículos 58 (“Aceptación de documentos públicos”) y 59 (“Fuerza ejecutiva de los documentos públicos”).

E) Resolución

67. Se entiende por tal cualquier resolución en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de las uniones registradas dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con independencia de la denominación que reciba, incluida una resolución sobre la determinación de las costas o gastos por parte de un funcionario judicial (artículo 3.1.d)⁸⁴. Se consagra así un concepto autónomo en el que destacan la vastedad de su supuesto de hecho (abarca cualquier decisión en este campo) y la funcionalidad en la conceptualización del órgano emisor (resulta irrelevante la denominación que reciba); la referencia expresa a las costas o gastos es un clásico en los instrumentos de la UE desde el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968.

68. El reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de resoluciones conforman otro de los pilares básicos para el exitoso funcionamiento de los Reglamentos (capítulo V, artículos 36 a 57); no en vano en él descansa el total principio de reconocimiento mutuo en la UE (considerandos 56 y 55, respec-

⁸² Afirma A. BONOMI que los actos autorizados por un notario de tradición latina cumplen con los requisitos exigidos por los Reglamentos (“Article 1^{er}”, *cit.*, p.168). En la referida primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE las delegaciones de Francia, Portugal, Italia, Rumanía, Bélgica y España destacaron la importancia en esos textos de la función notarial en general y del notariado latino en particular.

⁸³ Una idea que ya fue puesta de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-260/97, *Unibank*, de 17 de junio de 1999.

⁸⁴ Cabría en este punto invocar lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento 1215/2012 que ejemplifica como posible resolución un auto, una sentencia, una providencia o un mandamiento de ejecución.

tivamente). El correcto entendimiento de esta definición precisa su lectura conjunta con la de “órgano jurisdiccional”, a la que nos referiremos en unas líneas.

F) Transacción judicial

69. Es definida por el artículo 3.1.e) de los Reglamentos como la transacción en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de una unión registrada aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada ante un órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento⁸⁵. Se podrá apreciar que lo único que aporta la definición es la exigencia de que el acuerdo entre las partes interesadas se haya alcanzado bajo homologación de un órgano jurisdiccional en dos posibles fases temporales: con carácter ajeno o previo a un procedimiento pero finalmente aprobada por dicho órgano; o *in limine litis*, esto es, en el curso de un procedimiento ya iniciado. A las transacciones judiciales así definidas dedica el artículo 60 de los Reglamentos una norma sobre su fuerza ejecutiva⁸⁶.

G) Estado miembro de origen y Estado miembro de ejecución

70. Los dos instrumentos comentados definen al Estado miembro de origen como aquel en el que se ha dictado la resolución, formalizado el documento público o aprobado o celebrado la transacción judicial; y como Estado miembro de ejecución o de destino aquel otro en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución de la resolución, del documento público o de la transacción judicial (artículo 3.1.d y f)⁸⁷. Se trata, en definitiva, de los dos polos entre los que oscila el efecto de continuidad transfronteriza de las relaciones jurídicas para los documentos públicos, para las resoluciones jurisdiccionales y para las transacciones judiciales en el espacio judicial europeo.

71. Recuérdese que tanto el Estado miembro de origen como el Estado miembro de ejecución o destino sólo pueden ser uno de los que apliquen los Reglamentos, por cuanto la bilateralidad en la aplicación de estos preceptos es estricta⁸⁸. Dicho de otro modo, no cabe usar estos instrumentos entre un Estado miembro de origen que los aplique y un Estado de ejecución que no los aplique (sea o no de la UE) ni, al contrario, entre un Estado de origen que no aplique los Reglamentos (sea un país comunitario o no) y un Estado miembro de ejecución que sí lo haga.

H) Órgano jurisdiccional

72. El apartado 2 del artículo 3 de los Reglamentos contiene la definición de una de las cuestiones más relevantes de los mismos: la de las autoridades estatales competentes para aplicarlo. A tal fin se parte de la utilización de la expresión “órgano jurisdiccional” que ha de ser entendida en sentido amplio (considerando 2), pues caben en ella dos tipos de autoridades de los Estados miembros que apliquen estos instrumentos.

73. 1º Por un lado toda autoridad judicial *stricto sensu* determinada conforme al ordenamiento interno de cada Estado.

⁸⁵ En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo las delegaciones francesa y rumana plantearon, sin éxito, incluir también en este precepto las transacciones extrajudiciales.

⁸⁶ Las diferencias de naturaleza entre una resolución judicial y una transacción judicial, que justifican un distinto tratamiento a efectos de su eficacia transfronteriza, fueron ya puestas de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, de 2 de junio de 1994.

⁸⁷ Los Reglamentos no precisan cómo concretar la ejecución en un Estado pues ello depende del ordenamiento de éste; en ausencia de instrumento supraestatal en España será preciso acudir a los artículos 50 (ejecución de resoluciones judiciales extranjeras) y 51 (ejecución de transacciones judiciales extranjeras) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que exigen el previo exequátur y remiten a la Ley de enjuiciamiento civil para el procedimiento de ejecución (incluyendo la caducidad de la acción ejecutiva); diferente es el caso de los documentos públicos extranjeros, que serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios a nuestro orden público (artículo 56).

⁸⁸ Ver nota 8.

74. 2º Por otro lado todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales o de efectos patrimoniales de las uniones registradas y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas. A ello se añade la exigencia de que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúen, puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial y tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia. Este segundo tipo de autoridades está pensado para aquellos países de la Unión que disponen de ciertos funcionarios o profesionales jurídicos con las características reseñadas en el ánimo de respetar los distintos sistemas para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas (considerando 29).

75. En definitiva, para integrar el supuesto de hecho del artículo 3.2 de los Reglamentos lo relevante es el ejercicio -directo o delegado- de potestad jurisdiccional por parte de la autoridad estatal, con independencia de la denominación o naturaleza de ésta. Por tal motivo la expresión “órgano jurisdiccional” no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de los matrimonios o de las uniones registradas que no ejerzan funciones judiciales (considerando 29)⁸⁹.

76. Esto último nos conduce inevitablemente a la figura de los notarios. Conforme a lo expuesto es preciso distinguir dos categorías: a) aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales bien propias, bien delegadas o controladas por una autoridad judicial, que pueden ser considerados “órgano jurisdiccional” *ex* artículo 3.2; y b) aquellos que no lo hacen, que no pueden serlo (que es el caso de la mayoría de los países comunitarios). En definitiva, la sujeción de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas de los Reglamentos debe depender de si están o no incluidos en la definición expuesta de “órgano jurisdiccional”⁹⁰.

77. A raíz de este planteamiento es preciso distinguir la doble perspectiva de la actuación de los notarios en el marco de los Reglamentos (considerando 31)⁹¹: 1ª si un notario actuase como autoridad jurisdiccional conforme al artículo 3.2 estaría sometido a las reglas de competencia del capítulo II de los Reglamentos y las resoluciones que dictase circularían según lo previsto en el capítulo IV⁹²; 2ª si en

⁸⁹ En la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de 27 y 28 de septiembre de 2012 la delegación rumana (con apoyo de Italia, Luxemburgo, Finlandia y Alemania) propuso, sin éxito, ampliar la definición de “órgano jurisdiccional” en las propuestas de Reglamento de la Comisión a fin de comprender también las autoridades no judiciales que intervinieran en este ámbito por mandato de la ley y no por delegación o bajo control de una autoridad judicial.

⁹⁰ Con idea de clarificar este panorama, de conformidad con el artículo 65 los Estados miembros que apliquen los Reglamentos están obligados a notificar a la Comisión las autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere la letra a); dicha información se hará de público conocimiento, en particular a través del *Diario Oficial* y de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. En relación con el idéntico artículo del Reglamento sucesorio europeo, España ha designado a los notarios para los actos de jurisdicción voluntaria derivados de la Ley 15/2015, de 2 de julio. En el momento de elaboración de estas líneas, nuestro Reino aún no había proporcionado esta información sobre los nuevos Reglamentos a la Comisión. No obstante, para el 2016/1103 indica P. QUINZÁ REDONDO que todo hace apuntar que por parte de España serán incluidos en dicha definición los notarios, ya que conforme a la citada Ley de Jurisdicción voluntaria pueden tener competencia para la separación y el divorcio -siempre y cuando la disolución del matrimonio sea de mutuo acuerdo y no existan menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente a su cargo- (artículo 87 del Código Civil) y, extensivamente, para la liquidación del régimen económico matrimonial como parte del convenio regulador (artículo 90.e del mismo cuerpo legal); no así cuando se acuda al notario a otorgar capitulaciones matrimoniales, pues en ese caso no estará ejerciendo funciones jurisdiccionales (“La unificación -fragmentada-...”, *cit.*, pp. 189-190).

⁹¹ Estas cuestiones han sido sometidas al Tribunal de Luxemburgo mediante una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial polaco el 24 de noviembre de 2017 en el asunto C-658/17, *WB*.

⁹² A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA (*Las sucesiones “mortis causa” en Europa...*, *cit.*, p. 190) identifica esta faceta de la actividad notarial con los actos de jurisdicción voluntaria.

cambio no actuara como autoridad jurisdiccional no estaría sujeto a las reglas de competencia del capítulo II y los documentos públicos que expidiera circularían conforme al capítulo V⁹³.

5. Determinación de la autoridad competente.

78. Una vez expuesto qué entienden los Reglamentos por órgano jurisdiccional (*supra*), a la concreción de cómo determinarlo dedican ambos instrumentos su capítulo II (“Competencia”, artículos 4 a 19). Para ello se asientan sobre dos bases según apunta el considerando 32: por una parte, desde un punto de vista finalista el objeto de estas normas es facilitar la buena administración de la justicia; por otra parte, desde una perspectiva técnica las reglas de competencia pretenden plausiblemente permitir que los diferentes procedimientos conexos de los ciudadanos se sustancien ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro⁹⁴. Distinguiremos a partir de este punto las soluciones generales (apartado A) y específicas (apartado B) dadas a esta materia.

A) Soluciones generales

a) Elección de foro

79. Los Reglamentos de 2016 reconocen virtualidad a la voluntad de los interesados para determinar la autoridad competente mediante las fórmulas de la sumisión expresa y de la sumisión tácita⁹⁵.

80. 1ª La sumisión expresa está regulada en el artículo 7 de los textos con la justificación de incrementar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes (considerandos 36 y 37, respectivamente)⁹⁶. Ahora bien, para que un acuerdo de elección de autoridad competente resulte válido se requiere una doble condición cumulativa: a) en primer término que se trate de uno de los supuestos de hecho previstos en el artículo 6 de los Reglamentos (*infra*); y b) en segundo lugar que sean elegidas las

⁹³ Según la citada autora (*ibidem*) esta otra faceta se correspondería con los actos auténticos cuya característica es poseer efecto probatorio basado en su autenticidad y en su contenido, actos que deberán ser objeto de impugnación judicial para perder dicho carácter.

⁹⁴ *Cfr.* E. VÁLKOVÁ, “The interplay between jurisdictional rules established in the EU legal instruments in the field of family law: testing functionality through simultaneous application with domestic law“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, n° 2, pp. 551-568.

⁹⁵ A diferencia del Reglamento 2201/2003, que no lo hace en ninguna de sus manifestaciones; es más, en la revisión de que está siendo objeto a raíz de la propuesta de la Comisión contenida en el documento COM(2016) 411 final, de 20 de junio de 2016 (que ya ha sido objeto de acuerdo general en la reunión celebrada por el Consejo el 7 de diciembre de 2018), no se ha previsto la inclusión de la sumisión expresa ni tácita. Acerca de la afectación de los foros de competencia por la citada revisión véanse, entre otros, A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2017, n° 4, pp. 511-534; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Grounds of jurisdiction in matrimonial matters: recasting the Brussels IIa Regulation”, *Netherlands International Law Review*, 2015, n° 1, pp. 3-9; B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿Se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 91-102; C. HONORATI (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts*, Frankfurt am Main / Turín, Giappichelli / Peter Lang, 2017; TH. KRUGER y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, marzo de 2016; y P. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, n° 1, pp.139-165.

⁹⁶ La voluntad de los interesados se manifestará a través de un acuerdo que deberá expresarse por escrito, así como estar fechado y firmado por las partes, considerándose por “escrito” toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (artículo 7, apartado 2, de ambos Reglamentos). Sobre la autonomía de las partes en los Reglamentos en general *cfr.* C. GRIECO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n° 2, pp. 457-476 y M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, en *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, *InDret*, 2017, n° 1, pp. 274-313.

autoridades del Estado miembro bien cuyo ordenamiento resulte aplicable en virtud de los artículos 22 ó 26, apartado 1 (*infra*)⁹⁷, bien de la celebración del matrimonio o del registro de la unión⁹⁸. Cumplidas las dos condiciones, la competencia voluntariamente atribuida tendría naturaleza exclusiva para resolver sobre las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial o de la unión registrada⁹⁹.

81. 2ª La sumisión tácita está prevista en el artículo 8 de ambos instrumentos bajo la rúbrica “Competencia basada en la comparecencia del demandado”. Las estrictas condiciones de aplicación de esta norma son las siguientes (apartado 1 del artículo 8): a) en primer término no será de aplicación en los casos de consecuencias patrimoniales del matrimonio o de la unión registrada vinculadas bien al fallecimiento de un cónyuge o de un miembro de ésta, bien a la crisis del matrimonio¹⁰⁰; b) en segundo lugar sólo podría tener competencia por esta vía la autoridad del Estado miembro cuyo ordenamiento resultase aplicable *ex* artículos 22 ó 26, apartado 1 (en el caso del Reglamento 2016/1103, letras a) o b)); y c) finalmente tendría que ocurrir que el demandante presentase la demanda ante dicha autoridad y que el demandado compareciera y no impugnase la competencia¹⁰¹. La sumisión tácita prevalece sobre la expresa, de modo que, aun existiendo un acuerdo entre las partes, si el demandante actuase de esta manera y el demandado no la hiciese valer impugnando la competencia, la voluntad tácitamente manifestada se impondría sobre la expresamente acordada.

⁹⁷ En el caso del Reglamento 2016/1103, en concreto, letras a) o b). Esta regla requiere un complejo manejo simultáneo tanto del *forum* (determinación de la autoridad competente) como del *ius* (determinación del Derecho aplicable al fondo): *cf.* G. PALAO MORENO, “Artículo 7”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 110-111. Queda excepcionado de la concurrencia de esta condición el supuesto en el que las partes resuelvan amistosa y extrajudicialmente el asunto relativo al régimen económico del matrimonio o de la unión registrada, por ejemplo ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la Ley de dicho Estado miembro; tal posibilidad debe existir aunque la Ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado miembro (considerandos 39 y 38, respectivamente, de los Reglamentos de 2016); sobre esta cuestión véase L.A. PÉREZ MARTÍN, “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas, una oportunidad perdida para la mediación”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 285-299.

⁹⁸ Una conexión que se justifica para la unión registrada por la *vis attractiva* que ejerce el país de su constitución pero que quizás resulte demasiado aleatoria para el matrimonio (en particular en los supuestos de turismo nupcial). Con el ánimo de evitar problemas de calificación o de inseguridad jurídica, el considerando 37 del Reglamento 2016/2013 establece con carácter transversal para todo el instrumento que “el Estado miembro de la celebración del matrimonio será el Estado miembro ante cuyas autoridades se haya celebrado el matrimonio”; esto es, consagra la regla *auctor* antes que la puramente territorial del *locus* de tal modo que, por ejemplo, el matrimonio celebrado ante cónsul español acreditado en cualquier país extranjero se entenderá celebrado en España a los fines del Reglamento. No contiene un considerando paralelo el Reglamento 2016/1104; a nuestro parecer cabría extender a él la misma solución, de manera que se entendería por Estado de registro de la unión aquel al que perteneciera la autoridad ante la que se constituyera o inscribiera la pareja, ya tuviera su sede en el Estado en cuestión, ya estuviera acreditada en una representación consular suya en el extranjero.

⁹⁹ A favor de la no exclusividad se manifestó Portugal en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE celebrada los días 8 y 9 de noviembre de 2012. La redacción del precepto analizado podría dar pie a considerar que a *contrario sensu* cabría elegir otros órganos como competentes sin el efecto de la exclusividad (como por ejemplo permite el artículo 25, apartado 1, del Reglamento 1215/2012 en materia civil y mercantil patrimonial). En nuestra opinión ello sería contrario a la interpretación lógica, sistemática e histórica de la norma, de tal manera que no debería admitirse virtualidad a la voluntad de las partes en los casos de consecuencias económicas del matrimonio o de la unión registrada vinculadas bien con el fallecimiento de uno de los cónyuges o de los miembros de la unión, bien con la crisis del matrimonio o de ésta (así lo dispone expresamente el artículo 8 del Reglamento 2016/1104, *infra*); la única posibilidad de prórroga expresa de competencia admitida por los Reglamentos tendría el efecto de exclusividad de ésta en los términos previstos en su artículo 7.

¹⁰⁰ El Reglamento 2016/1104 excluye el supuesto de crisis -disolución o anulación- de las uniones registradas por cuanto el Reglamento 2201/2003 no es aplicable a éstas (*infra*).

¹⁰¹ A fin de salvaguardar la posición del demandado en estos casos, el apartado 2 del artículo 8 dispone que, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, la autoridad se asegurará de que el demandado sea informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia. Se trata de una norma que ya había adelantado el artículo 26, apartado 2, del citado Reglamento 1215/2012 para el caso de partes débiles en la contratación: sobre ello véase A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 26”, en P. BLANCO-MORALES LIMONES y otros (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 579 ss.

b) Soluciones en defecto de elección

82. Analizaremos las soluciones generales ofrecidas por los Reglamentos de 2016 en defecto de elección al hilo de la casuística de la intervención de autoridades en este campo.

83. 1º En primer término el litigio puede ser consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal o de la unión registrada por fallecimiento de uno de los esposos o de los miembros de la unión; dada la íntima vinculación entre estos dos sectores (*supra*), la lógica lleva a la acumulación de procedimientos ante una misma autoridad (considerando 33) a fin de evitar a los interesados tener procedimientos conexos abiertos en dos Estados diferentes¹⁰². Por esta razón el artículo 4 de los Reglamentos consagra una acumulación automática e inderogable de competencias disponiendo que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo a de la sucesión de uno de los cónyuges o miembros de una unión registrada en aplicación del Reglamento 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes asimismo para resolver sobre el régimen económico del matrimonio o de la unión en conexión con esa sucesión¹⁰³. Una triple consideración demuestra, no obstante, que esta solución admite gradaciones.

84. a) Primera, en el *iter* temporal previsto por el legislador europeo ya se habría declarado competente la autoridad de un Estado para la cuestión sucesoria¹⁰⁴; por consiguiente, en el caso en el que una autoridad de un Estado estuviera conociendo de un asunto derivado del régimen económico de un matrimonio o de los efectos patrimoniales de una unión registrada y con posterioridad falleciera uno de los cónyuges o uno de los miembros de la unión, este artículo no sería de aplicación por lo que podría provocarse la disfunción de que las autoridades de dos Estados diferentes fueran competentes para las dos cuestiones¹⁰⁵.

85. b) Segunda consideración, no se indica que la autoridad que conozca de la cuestión sucesoria sea la misma que haya de conocer de la cuestión patrimonial del matrimonio o de la unión, sino que serán competentes las autoridades del Estado al que pertenezca aquélla; serán las normas de competencia territorial interna de éste las que dispongan qué autoridad en concreto será la competente, siendo lógicamente conveniente que el conocimiento de ambas cuestiones se acumulara ante la misma¹⁰⁶.

86. c) Tercera, se requiere que la cuestión patrimonial sea conexa con la sucesoria; luego *contrario sensu* un asunto derivado del régimen patrimonial de un matrimonio o de una unión registrada que no estuviera conectado con la sucesión del cónyuge o del miembro de la unión fallecidos tampoco se sometería a esta regla sino a la de los artículos 5 ó 6 de los Reglamentos (*infra*)¹⁰⁷.

¹⁰² Cfr. M.D. ADAM MUÑOZ, “La competencia judicial internacional en 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 M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, cit., pp. 77-90; P. FRANZINA, “Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law” *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 159-194; y P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 1, pp. 300-326.

¹⁰³ Una matización sobre el particular se contiene en el artículo 13 de los Reglamentos, sobre limitación de los procedimientos.

¹⁰⁴ Incomprensiblemente el inicio de la redacción del artículo 4 difiere en la versión española en los dos Reglamentos: el 2016/1103 establece que “Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de...” en tanto que el 2016/1104 dispone que “Cuando se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro...”, lo cual no significa lo mismo; sin duda se trata de un error de traducción. La primera expresión es la utilizada por ambos instrumentos en las versiones inglesa o francesa.

¹⁰⁵ Cfr. J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 4”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, cit., pp. 70-71. Para superar este problema, en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE de 16 de mayo de 2011 la delegación de los Países Bajos defendió sin éxito la inclusión en este precepto de la acumulación de la competencia en materia sucesoria ante la autoridad que ya estuviera conociendo del régimen patrimonial.

¹⁰⁶ Acerca de la concentración de competencias en el ordenamiento procesal español véase J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *op. cit.*, pp. 76-77, quien distingue entre los regímenes matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

¹⁰⁷ Podría ser el caso, por ejemplo, de un litigio respecto de las relaciones con un tercero.

87. 2º Seguidamente la casuística nos conduce a aquellos supuestos en que la cuestión patrimonial del matrimonio o de la unión registrada surja en conexión con procedimientos pendientes ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya presentado una demanda bien de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, bien de disolución o anulación de la unión. La lógica de nuevo apuntaría a una concentración de las cuestiones ante una sola autoridad, a la sazón la que ya conociera de la crisis de la pareja. Ahora bien, en este supuesto la plausible concentración automática e inderogable de acciones no se produce en todos los casos; distingámoslos¹⁰⁸.

88. a) En el caso de matrimonio, para la citada acumulación de asuntos entre la autoridad competente designada por el Reglamento 2201/2003 y por el Reglamento 2016/2103 se exigirá el acuerdo de los cónyuges en los siguientes casos (artículo 5.2)¹⁰⁹.

89. Un primer bloque hace referencia a determinados foros de competencia del Reglamento 2201/2003 establecidos en beneficio del demandante (*forum actoris*): se trata de los guiones quinto y sexto del artículo 3, apartado 1, letra a), del citado instrumento que atribuyen el conocimiento del asunto a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y lo haya hecho durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda; o del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y lo haya hecho durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda. En estos casos el legislador comunitario desea asegurarse de que la competencia de la autoridad del régimen matrimonial cuente con el consentimiento expreso de ambos cónyuges, estos es, de que uno de ellos -el demandante- no imponga su voluntad unilateralmente al otro¹¹⁰.

90. Un segundo bloque de foros en que se requiere el acuerdo de ambos esposos para que la autoridad nacional en cuestión pueda conocer del asunto surgido de su régimen económico matrimonial se refiere a los supuestos en que ésta deba resolver cuando ya lo haya hecho bien para la conversión de la separación judicial en divorcio (artículo 5 del Reglamento 2201/2003), bien con base en la competencia residual del artículo 7 del mismo texto (puesto que el fundamento de ésta se basaría en un eventual beneficio procesal para el demandante nacional de un Estado miembro que residiera habitualmente en el Estado miembro de su nacionalidad o en otro Estado miembro; esto es, se trata de nuevo de una regla orientada *favor actoris*).

91. En los casos no referidos en uno u otro bloque, se acumularía automática, inderogable y plausiblemente la competencia para conocer de la crisis del matrimonio y del asunto surgido del régimen

¹⁰⁸ Se apreciará que no se incluye en el Reglamento 2016/1103 -ni en sede de competencia de autoridades ni de Ley aplicable- el peculiar criterio del *domicile* propio de los ordenamientos de inspiración anglosajona que sí resulta acogido en algún instrumento comunitario en este campo (por ejemplo los Reglamentos 2201/2003 y 4/2009). La razón es doble: la no participación de Irlanda ni del Reino Unido en los Reglamentos de 2016 y la dificultad -si no imposibilidad- de su concreción, respecto de un ciudadano con residencia habitual o nacional de uno de esos países, por parte de las autoridades continentales (que son las únicas que aplican los citados Reglamentos).

¹⁰⁹ Con carácter general véase 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*, 2011, pp. 236 ss. En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE las delegaciones de Reino Unido, España, Países Bajos, Eslovaquia, Alemania, Suecia manifestaron que la inclusión de la necesidad de acuerdo entre las partes para atribuir la competencia judicial complicaba la solución; una vez que se mantuvo la necesidad de un acuerdo entre las partes, en la reunión del 8 y 9 de noviembre de 2012 las delegaciones española, checa, lituana, luxemburguesa, portuguesa y sueca propusieron que se atribuyera automáticamente la competencia al órgano que conociera de la crisis de la pareja salvo que las partes acordasen otra cosa, enfoque que no prosperó.

¹¹⁰ En el fondo, sobre esta solución sobrevuela la sombra de la posible cualificación de esos foros como cuasi-exorbitantes; véase sobre ello J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 4”, *cit*, pp. 82-83, que invoca como antecedente crítico de estos foros el informe de A. BORRÁS RODRÍGUEZ explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998 del que trae causa el Reglamento 2201/2003 (*Diario Oficial*, C 221 de 16 de julio de 1998, p. 27). Curiosamente en la revisión de que está siendo objeto el Reglamento 2201/2003 (*supra*) no se ha previsto la modificación o eliminación de dichos foros; tampoco se abordó la cuestión en el seno de los trabajos del grupo de expertos de la Dirección General Justicia y Consumidores de la Comisión Europea sobre la revisión del citado Reglamento, acometidos entre abril y octubre de 2015, del que formó parte el autor de estas líneas.

económico conectado con éste ante la autoridad designada por el Reglamento 2201/2003 (pues así lo dispone el artículo 5, apartado 1, del Reglamento 2016/1103).

92. b) En el caso de las uniones registradas la solución se simplifica por cuanto el Reglamento 2201/2003 no resulta de aplicación a éstas¹¹¹. Por consiguiente la acumulación del asunto derivado de los efectos patrimoniales de la unión conectado con el asunto de su disolución o anulación no se producirá automáticamente en ningún caso al disponer el artículo 5, apartado 1, del Reglamento 2016/1104 que será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro que conozca de la disolución o anulación de la unión registrada “cuando sus miembros así lo acuerden”.

93. Tanto para el caso del matrimonio como para el de la unión registrada, los dos Reglamentos de 2016 establecen requisitos de validez del acuerdo de los cónyuges o de los miembros de la unión si el mismo se celebrase antes de que se requiriera al órgano jurisdiccional que resolviese sobre los efectos patrimoniales de ambas figuras: dispone el artículo 5, apartados 3 y 2 respectivamente, que dicho acuerdo deberá ser conforme a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, de los mismos instrumentos (*supra*)¹¹².

94. 3º El tercer supuesto de la casuística de la intervención de autoridades en este campo atañe a los casos en que ninguna autoridad de un Estado miembro pueda conocer del asunto con arreglo a los foros de los artículos 4 y 5¹¹³ ó en que, por exclusión, hayan de hacerlo sin haberse producido el fallecimiento de un cónyuge o de un miembro de la unión registrada y sin existir una crisis en la pareja. Si bien se trata de las situaciones cuantitativamente minoritarias -no es frecuente que se den-, los Reglamentos de 2016 les otorgan soluciones *ad hoc* en su artículo 6¹¹⁴. Las mismas estarían fundamentadas, en vista de la movilidad creciente de los ciudadanos, con el objeto de asegurarse de que exista una verdadera conexión entre la pareja -matrimonio o unión registrada- y el Estado miembro cuyas autoridades resulten competentes (considerando 35 de ambos textos). A tal fin se consagran los siguientes foros ordenados conforme a un criterio de subsidiariedad¹¹⁵.

95. a) En primer término habría que acudir a las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio tuviesen los cónyuges o los miembros de la unión registrada su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; aunque el precepto no lo indique, la lógica impone entender que la residencia habitual ha de ser la común¹¹⁶.

96. b) En defecto de lo anterior sería preciso dirigirse a las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio hubieran tenido los cónyuges o miembros de la unión registrada su última residencia habitual (asimismo común), siempre que uno de ellos aún residiera allí en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional.

¹¹¹ En la aludida revisión del Reglamento 2201/2003 tampoco se ha previsto incluir en su ámbito de aplicación sustantivo la unión registrada

¹¹² En la reunión de 16 de mayo de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE las delegaciones belga y española cuestionaron por qué el acuerdo había de ser escrito, fechado y firmado sólo si fuese anterior al procedimiento y no si fuera posterior, por lo que en pro de la seguridad jurídica propusieron sin éxito la reglamentación común y detallada de los requisitos formales para todo tipo de acuerdo.

¹¹³ Por ejemplo, porque no haya habido acuerdo de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada en los términos exigidos por el artículo 5 de los dos instrumentos (*supra*).

¹¹⁴ Un desarrollo de la casuística en este punto puede verse en P. QUINZÁ REDONDO, “Artículo 6” en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, cit., pp. 96-98.

¹¹⁵ Podrá observarse que estos foros, total o parcialmente, están asimismo consagrados en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003.

¹¹⁶ A diferencia del Reglamento 650/2012 sobre sucesión *mortis causa*, los Reglamentos de 2016 no han incluido ningún considerando para concretar la residencia habitual, lo que fue aplaudido por las delegaciones alemana, neerlandesa y luxemburguesa, en tanto que criticado por Lituania.

97. c) En su defecto sería necesario plantear el asunto ante las autoridades del Estado miembro en cuyo territorio tuviese el demandado su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda ante dichas autoridades.

98. d) En efecto, en detrimento de ello sería preceptivo para las partes acudir a las autoridades del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada en el momento de la interposición de la demanda ante aquéllas. Si bien este foro sería el de cierre en caso de los matrimonios, en el de las uniones registradas se añade otro último.

100. e) En defecto de lo anterior, los miembros de la unión deberían dirigirse a las autoridades del Estado miembro conforme a cuyo ordenamiento se hubiera creado la unión¹¹⁷.

B) Soluciones especiales

101. Los Reglamentos de 2016 incluyen una serie de reglas técnicas sobre competencia de autoridades que, en supuestos específicos, matizan, modulan, complementan o corrigen las reglas generales; reglas que, en buena medida, ya han sido incluidas en otros instrumentos sobre cooperación judicial civil en la UE.

102. 1ª La primera se refiere a la competencia alternativa (artículo 9), especialmente relevante en este campo dado que puede ocurrir que las autoridades del Estado miembro que resulten competentes conforme a los criterios de competencia generales no reconozcan el matrimonio o la unión registrada en cuestión y, por consiguiente, no puedan conocer tampoco de un procedimiento relativo a su régimen patrimonial (considerandos 38 y 36, respectivamente). De ahí que, bajo ciertas condiciones, se prevea excepcionalmente la inhibición de tales autoridades¹¹⁸.

103. 2ª La segunda solución especial concierne a la competencia subsidiaria (artículo 10), pensada para evitar todo riesgo de denegación de justicia en previsión de que ningún órgano jurisdiccional tuviera competencia para conocer de la situación conforme a las demás disposiciones de los Reglamentos (considerando 36 *in fine* del Reglamento 2016/1104)¹¹⁹.

104. 3ª La tercera atañe al *forum necessitatis* (artículo 11), pensado asimismo para evitar las situaciones de denegación de justicia, por cuya virtud se permite a una autoridad de un Estado miembro resolver, con carácter excepcional, sobre el régimen patrimonial de un matrimonio o de una unión registrada que tenga una estrecha conexión con un tercer Estado¹²⁰; ahora bien, la competencia fundada en el *forum necessitatis* sólo podrá ejercerse si el caso tiene una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto (considerandos 41 y 40, respectivamente)¹²¹.

¹¹⁷ Esta solución se explica en la seguridad jurídica de proporcionar un foro que en todo caso debe existir si la unión se ha creado en un Estado miembro.

¹¹⁸ Se trata de una de las provisiones incluidas para superar los reparos de ciertos Estados miembros a incorporarse a los Reglamentos, lo que finalmente no se consiguió (*supra*).

¹¹⁹ La inclusión de este precepto generó el rechazo de las delegaciones alemana, austriaca, española, francesa y portuguesa en la reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE de 15 y 16 de junio de 2011 por considerar que fragmentaba la jurisdicción con el riesgo de que se dictasen decisiones incompatibles; todo lo más consideraban admisible constreñir la norma al caso de los bienes inmuebles.

¹²⁰ Uno de esos casos podría darse cuando resultase imposible sustanciar un procedimiento en el tercer Estado de que se tratase, por ejemplo, debido a una guerra civil, o cuando no cupiera esperar razonablemente que uno de los cónyuges o miembros de la unión registrada incoase o llevase a cabo un procedimiento en ese Estado.

¹²¹ A lo largo de los debates del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE diversas delegaciones (entre ella la alemana, la austriaca, la española o la sueca) sostuvieron que este precepto resultaba innecesario por cuanto los sistemas de Derecho internacional privado de cada Estado proveían sus propias soluciones para el supuesto de hecho que aborda, soluciones que debían ser respetadas por el legislador comunitario.

C) Aspectos comunes a las soluciones generales y especiales

105. El capítulo II de los Reglamentos se cierra con la referencia a instituciones procesales de orden técnico relacionadas con la competencia judicial cuya inclusión resulta clásica en instrumentos comunitarios de esta naturaleza, por lo que no nos detendremos en su estudio. Nos referimos a la reconvencción (artículo 12), a la limitación de procedimientos (artículo 13, ya citado), al momento en que se entiende sustanciado un asunto ante una autoridad (artículo 14), a la verificación de la competencia (artículo 15) y de la admisibilidad (artículo 16), a la litispendencia (artículo 17), a las demandas conexas (artículo 18), así como a las medidas provisionales y cautelares (artículo 19).

6. Determinación del ordenamiento aplicable

106. Todo el capítulo III (artículos 20 a 35) de los Reglamentos se erige sobre consideraciones nítidamente expuestas por sus considerandos 43 y 42, respectivamente: en primer término el objeto de las normas consagradas es permitir a los ciudadanos disfrutar de las ventajas que ofrece el mercado interior; seguidamente han de hacerlo con plena igualdad jurídica; en tercer lugar, por ello, se debe permitir que los cónyuges o los miembros de la pareja sepan de antemano cuál será la Ley aplicable al régimen económico de su matrimonio o de su pareja; a continuación han de establecerse por ello unas normas armonizadas en materia de conflicto de Leyes a fin de evitar resultados contradictorios; en quinto lugar, concretamente, la norma principal debe garantizar que el régimen económico se rija por una Ley previsible con la que tenga una estrecha conexión. Sentado ello analizaremos a continuación las soluciones dispuestas en materia de determinación del ordenamiento aplicable tanto de carácter general (apartado A) como de orden especial (apartado B); las características del ordenamiento aplicable (apartado C); y sus problemas técnicos de aplicación (apartado D).

A) Soluciones generales

107. Dos reglas de alcance general consagran los Reglamentos para concretar el Derecho aplicable a su supuesto de hecho: la basada en la voluntad de las partes (subapartado a) y la fundamentada en el caso de ausencia de elección (subapartado b)¹²².

a) Soluciones basadas en la voluntad de las partes

108. Los Reglamentos otorgan a los cónyuges y a los miembros de las uniones registradas la posibilidad de organizar voluntariamente la administración de su patrimonio¹²³. Lo cual pueden llevar a cabo mediante dos fórmulas, una substantiva y otra conflictual.

109. 1ª La primera posibilidad se concreta en la conclusión de pactos, acuerdos o capitulaciones a través de los que ordenar materialmente los efectos patrimoniales de la pareja. Reconocen de este modo los Reglamentos una figura ampliamente conocida y aceptada en distintos ordenamientos nacionales; y lo hacen con el fin de facilitar que los derechos económicos adquiridos de resultados de las capitulaciones sean aceptados en los Estados miembros (considerandos 48 y 47, respectivamente). Así las cosas ambos instrumentos abordan tanto la validez material como la formal de las capitulaciones.

110. a) Para su validez substantiva los Reglamentos no disponen ninguna norma *ad hoc* limitándose a declarar que aquélla se regirá por lo establecido en el ordenamiento estatal que resulte aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada (artículo 27, letra g).

¹²² Cfr. D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 195-212.

¹²³ Vid. E.A. OPREA, “Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 2, pp. 579-596.

111. b) Para la validez formal en cambio ambos textos parten, de entrada, exigiendo como mínimo que el acuerdo se exprese por escrito, así como que esté fechado y firmado por ambas partes (considerándose “escrito” toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, apartado 1 del artículo 25). No obstante, los Reglamentos disponen que se apliquen requisitos adicionales formales si así lo prevén tanto el ordenamiento nacional aplicable al fondo de las consecuencias patrimoniales de la pareja (apartado 3), como la Ley del Estado miembro de la residencia habitual de las partes (apartado 2)¹²⁴. En relación con esta última, se establece que si en el momento de celebrarse el acuerdo el ordenamiento del Estado miembro en que una o ambas partes tuviesen su residencia habitual -común, dispar o en un solo Estado miembro- exigiese requisitos formales adicionales, éstos deberían cumplirse en los términos dispuestos en el citado apartado 2. Llamamos la atención sobre esta última regla por una parte que cuando las partes residan en Estados miembros distintos sea suficiente el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de uno solo de ellos (indistintamente); y por otra parte que se privilegien los requisitos adicionales formales previstos en los ordenamientos de Estados miembros ignorando los que puedan también ser demandados por los de otros Estados, no miembros, en que residan uno o ambos miembros de la pareja. Y todo ello por cuanto estas consideraciones podrían afectar negativamente la validez o eficacia de las capitulaciones en esos otros países¹²⁵.

112. 2ª La otra posibilidad que otorgan los Reglamentos a los esposos y a los miembros de las uniones registradas sobre la base de su autonomía es de carácter indirecto, pues consiste en permitirles elegir el ordenamiento aplicable al fondo de las consecuencias económicas de su pareja; solución con la que se persigue asimismo facilitarles la administración de su patrimonio (considerandos 45 y 44, respectivamente)¹²⁶. Las normas que a estos efectos consagra el artículo 22, apartado 1, de los dos instrumentos no otorgan a las partes una libertad absoluta de elección, sino que condiciona ésta a que el ordenamiento escogido tenga una estrecha conexión con ellas en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad (considerandos 45 y 44, respectivamente): en concreto debe tratarse de la Ley del Estado bien en el que ambos o uno de ellos tengan su residencia habitual, bien de la nacionalidad de cualquiera de ellos (en los dos casos la concreción temporal ha de referirse en el momento de celebración del acuerdo, apartado 1)¹²⁷; a ello debe añadirse, para el caso específico de la unión registrada, la posibilidad lógica de elegir también la Ley del Estado donde lo fue, cuya *vis attractiva* ya ha sido reseñada¹²⁸.

113. En lo que concierne al acuerdo de elección, los Reglamentos disponen los siguientes caracteres.

114. a) En primer lugar se podrá realizar en todo momento, esto es, antes del matrimonio, en el momento de su celebración o tras ésta (considerando 45 del Reglamento 2016/1103, que cabe extender a

¹²⁴ Para garantizar la plena efectividad y validez del acuerdo hubiera resultado conveniente añadir a este elenco los requisitos adicionales formales exigidos por otros ordenamientos tales como, por ejemplo, el del lugar de ubicación de los bienes inmuebles.

¹²⁵ Crítico con el planteamiento general de los Reglamentos de 2016 se muestra A. RIPOLL SOLER (“Artículo 24”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos [UE] n° 2016/1103 y 2016/1104, cit.*, p. 243) quien estima que el hecho de que no compartan régimen el acuerdo de elección de Ley aplicable (*infra*) y el acuerdo sobre capitulaciones generará en la práctica dificultades de interpretación y aplicación que acarrearán inseguridad en las relaciones en la pareja y mermará el objetivo de los Reglamentos relativo a la libre circulación de ciudadanos.

¹²⁶ Acerca de la relación entre la elección de la Ley aplicable y el concreto régimen económico matrimonial que resulte de aplicación véase P. QUINZÁ REDONDO, “El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general”, *La Ley Derecho de Familia*, n° 17 (primer trimestre de 2018).

¹²⁷ Si la consagración de la residencia habitual -común- de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada obedece a la idea de integración propia del espacio judicial europeo, la de la nacionalidad lo es con el objeto de permitir la aplicación del ordenamiento de otro Estado en atención a razones patrióticas, culturales, sentimentales o de orden similar. En el caso de las uniones registradas, el Reglamento 2016/1104 exige por lógica, además, que el Derecho elegido atribuya efectos patrimoniales a aquéllas (artículo 22, apartado 1).

¹²⁸ Un estudio crítico de este artículo puede verse en P. WAUTELET, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 213-232.

las uniones registradas aunque el considerando 44 del Reglamento 2016/1104 no lo indique); de hecho el artículo 22, apartado 1, de los dos textos se refiere a los cónyuges y a los miembros de la unión registrada o a los “futuros” cónyuges y miembros de la unión registrada.

115. b) En segundo término el acuerdo se podrá modificar en cualquiera de los momentos indicados, siempre que se haga para elegir una de las Leyes señaladas (artículo 22, apartado 1, y considerandos 46 y 45, respectivamente).

116. c) Seguidamente, los efectos de la modificación realizada durante la vigencia del matrimonio o de la unión serán en principio prospectivos (esto es, a partir del cambio), siendo únicamente retroactivos en caso de acuerdo contrario de las partes. Ello podría afectar negativamente la seguridad jurídica pues cabría que el cambio retroactivo de Ley aplicable perjudicarse a terceros relacionados con uno o ambos miembros de la pareja, que ignorarían dicha modificación¹²⁹. De ahí que el apartado 3 del artículo 22 disponga que el acuerdo de modificación con efectos retroactivos no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la Ley aplicable; lo que implicaría, por una parte, informar a éstos de la citada modificación y, por otra, que ésta no fuera válida si el nuevo ordenamiento aplicable perjudicara su situación respecto de los cónyuges o de los miembros de la unión registrada¹³⁰.

117. d) Por fin el acuerdo requiere, para su validez, la concurrencia de requisitos de fondo y de forma¹³¹. Mediante ellos se persigue que la elección informada de las partes resulte más fácil y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia (considerandos 47 y 46, respectivamente).

118. – Los requisitos de fondo son el objeto del artículo 24 de los Reglamentos (rubricado “Consentimiento y validez material”), que reproduce el artículo 6 del Reglamento 1259/2010 en lo que concierne tanto a la aplicación de la Ley que sería aplicable *ex* artículo 22 para verificar la existencia y validez del acuerdo, como para negar la prestación del consentimiento por un cónyuge o por un miembro de la unión registrada sobre la base de lo dispuesto en el ordenamiento del Estado de su residencia habitual bajo determinadas circunstancias.

119. – Los requisitos de forma son el objeto del artículo 23 de los Reglamentos de 2016, que reproduce en buena medida el artículo 7 del citado Reglamento 1259/2010¹³². Con ellos el legislador europeo ha deseado introducir ciertas salvaguardias para garantizar que los cónyuges y los miembros de una unión registrada sean conscientes de las consecuencias de su elección (considerandos 47 y 46, respectivamente). De entrada, siguiendo el modelo de la forma de las capitulaciones (artículo 25, al que nos remitimos), se exige como mínimo que el acuerdo se exprese por escrito, así como que esté fechado y firmado por ambas partes (considerándose “escrito” toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, apartado 1 del artículo 23). No obstante, si en el momento de celebrarse el acuerdo el ordenamiento del Estado miembro en que una o ambas partes tuviesen su residencia habitual -común, dispar o en un solo Estado miembro- estableciese requisitos for-

¹²⁹ Máxime cuando no todos los Estados disponen de fórmulas de publicidad del régimen patrimonial de los matrimonios o de las uniones ni los Reglamentos tampoco las prevén.

¹³⁰ Se trata de circunstancias complejas de verificar (que se haya informado fehacientemente a los terceros y que la nueva Ley les perjudique) lo que, sin duda, será fuente de conflictos; de ahí que, en nuestra opinión, hubiera sido preferible no permitir en ningún caso efectos retroactivos al cambio de Derecho aplicable.

¹³¹ A diferencia del Reglamento 650/2012, que contiene normas armonizadas sobre capacidad para otorgamiento del acto jurídico que regula (artículo 26, apartado 1, letra a), los Reglamentos de 2016 excluyen la capacidad de su ámbito de aplicación material (*supra*). Por consiguiente, la autoridad que conozca de un asunto concerniente a un eventual acuerdo sobre los efectos económicos de un matrimonio o de una unión registrada tendrá que determinar la capacidad de los cónyuges o de los miembros de ésta según el Derecho declarado aplicable conforme a las normas -supraestatales o estatales- de su sistema de Derecho internacional privado; en el caso español se tratará del artículo 9, apartados 1 y 10, del Código Civil (*supra*): *cfr.* A. RIPOLL SOLER, “Artículo 24”, *cit.*, p. 236.

¹³² A diferencia del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria, que admite la elección tácita (considerando 29), los Reglamentos de 2016 no la prevén.

males adicionales, éstos deberían cumplirse en los términos dispuestos en los apartados 2 a 4. Llama la atención sobre esta última regla por una parte que esos requisitos adicionales formales sean los exigidos para las capitulaciones matrimoniales o de las uniones registradas (con lo que se estarían equiparando ambos tipos de acuerdos a afectos formales)¹³³; por otra parte que cuando las partes residan en Estados miembros distintos sea suficiente el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de uno solo de ellos (indistintamente); seguidamente que sólo se aluda a los requisitos adicionales formales exigidos por la Ley del Estado miembro de la residencia habitual de una o ambas partes y no por la Ley de otros Estados (como, por ejemplo, el del lugar de ubicación de los bienes inmuebles o el de la *lex causae*); y por último que se privilegien los requisitos adicionales formales previstos en los ordenamientos de Estados miembros ignorando los que puedan también ser demandados por los de otros Estados, no miembros, en que residan uno o ambos miembros de la pareja. Y todo ello por cuanto estas consideraciones podrían afectar negativamente la validez o eficacia de las capitulaciones en esos otros países.

b) Soluciones en defecto de elección

120. Los Reglamentos proporcionan una serie de soluciones en su artículo 26 cuando los cónyuges o los miembros de una unión registrada no hayan elegido el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de su relación en los términos establecidos en el artículo 22 (esto es, cuando no hayan escogido ninguna Ley como aplicable o cuando lo hayan hecho incumpliendo alguno de los requisitos de validez exigidos)¹³⁴. Una solución que persigue conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja (considerandos 49 y 48, respectivamente). A partir de este punto distinguiremos entre el matrimonio y la unión registrada por las dispares soluciones consagradas por los dos instrumentos.

121. 1º En lo que atañe al matrimonio el apartado 1 del artículo 26 del Reglamento 2016/1103 establece las siguientes conexiones, ordenadas en cascada, para determinar el ordenamiento aplicable¹³⁵: a) la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; b) en su defecto, la nacionalidad común de ambos en el momento de la celebración del mismo¹³⁶; y c) en su defecto, se estará a la Ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias, que serán apreciadas por la autoridad competente de oficio o a instancia de parte¹³⁷. Se trata de una norma que se abre de capa con la conexión de la residencia habitual (usual y apropiada en este ámbito), que consagra asimismo la nacionalidad (utilizada matizadamente en este sector pero justificada cuando ambos esposos posean la misma nacionalidad y no hayan tenido una primera residencia habitual común tras casarse) y que se cierra con una cláusula de excepción que puede resultar de interés para mejorar, en términos de proximi-

¹³³ En España se requiere como elemento esencial de validez escritura pública notarial, que ha de inscribirse en todo caso en el Registro Civil y, de afectar a inmuebles, también en el de la Propiedad (artículos 1.327 y 1.333 del Código Civil).

¹³⁴ O cuando, cabe intuir de los considerandos 51 y 50 (respectivamente), tampoco hubieran acordado capitulaciones matrimoniales o para la unión registrada. *Cfr.* para más detalle 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”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, nº 2, pp. 356-420.

¹³⁵ Cabe apreciar que estos criterios no coinciden con los establecidos en el artículo 8 del Reglamento 1259/2010, lo que puede provocar disfunciones por resultar aplicables dispares ordenamientos a la crisis de la pareja y a los efectos patrimoniales de la misma: sobre la cuestión en general *cf.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes”, *cit.*, pp. 245 ss. Acerca del artículo 26 y la concreción de sus criterios de conexión véase B. HEIDERHOFF, “Vorschläge zur Durchführung der EU-Güterrechtsverordnungen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, nº 3, pp. 231-238.

¹³⁶ No operará esta regla si los esposos tuviesen más de una nacionalidad común en ese momento, por lo que se pasaría directamente a la letra c) (apartado 2 del artículo 26). La cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación de los Reglamentos y que debe dejarse al arbitrio de los Derechos nacionales, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión (considerandos 50 y 49, respectivamente, que añaden que esta consideración “no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la Ley aplicable” de conformidad con los mismos).

¹³⁷ Sobre esta norma véase P. QUINZÁ REDONDO, “La ‘cláusula de excepción’ del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 301-312.

dad, el resultado de aplicar las dos conexiones previas (si bien su concreción temporal “en el momento de celebración del matrimonio” limita su operatividad)¹³⁸.

122. El problema esencial radica en que el artículo 26 se complica al añadir en su apartado 3 otra cláusula de excepción difícilmente justificable -por existir ya una-, de una complejidad notable y cuádruplemente limitada¹³⁹: en primer término porque la regla incide en la excepcionalidad de su uso; seguidamente puesto que la restringe a que sea instada por una de las partes (luego, a diferencia de la cláusula del apartado 1, letra c], la autoridad competente no puede aplicarla de oficio); en tercer lugar porque opera sólo como excepción a la letra a) del apartado 1; y finalmente porque requiere probar, por la parte que la invoca, que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo y que se basaron en la Ley de éste para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. De concurrir todas estas condiciones, la autoridad competente tiene la potestad, que no la obligación (“podrá”, indica el precepto), de aplicar el ordenamiento de este último Estado¹⁴⁰; en tal caso, continúa matizando el apartado 3 de artículo 26, dicho ordenamiento solo se aplicará desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo en cuyo caso tal ordenamiento surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado¹⁴¹. El balance de esta regla no puede ser más que negativo, de ahí que resulte claramente prescindible si lo que realmente se persigue es la previsibilidad y la seguridad jurídica¹⁴².

123. 2º En lo que concierne a la unión registrada la solución aportada por el apartado 1 del artículo 26 del Reglamento 2016/1104 resulta sencilla, previsible y segura habida cuenta de la realidad material y jurídica que yace bajo esta institución: en defecto de un acuerdo sobre la elección de la Ley aplicable con arreglo a lo dispuesto en su artículo 22, el ordenamiento aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será el del Estado conforme a cuya Ley se haya creado la unión registrada (entendiéndose por “creado” el registro de la unión, considerando 48 *in fine*). Lamentablemente, el apartado 2 del artículo 26 de este Reglamento introduce una excepción similar a la del apartado 3 del Reglamento 2016/1103, a cuyo análisis nos remitimos¹⁴³.

B) Soluciones especiales

124. Junto a las soluciones generales que acabamos de estudiar los Reglamentos consagran sendos preceptos sobre determinación del Derecho aplicable a dos supuestos especiales: los efectos frente a terceros (subapartado a) y las leyes de policía (subapartado b).

¹³⁸ Algunas delegaciones manifestaron su preferencia por establecer estas conexiones con carácter alternativo en lugar de en cascada, lo que no prosperó, a lo largo de las reuniones del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE (fue el caso de Bélgica, Finlandia, Luxemburgo o Portugal).

¹³⁹ En sentido crítico véase igualmente M.P. DIAGO DIAGO, “Artículo 26”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, cit., p. 255-256. A lo largo de los debates del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE se opusieron a la inclusión de esta regla las delegaciones de Alemania, Austria, Eslovenia, España, Italia y Portugal (entre otras), en tanto que la apoyó el Reino Unido.

¹⁴⁰ No obstante, esta norma no se aplicará si los cónyuges han celebrado capitulaciones matrimoniales con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en ese otro Estado.

¹⁴¹ Se infiere, pues, que cumpliéndose las circunstancias descritas un cónyuge puede solicitar a la autoridad competente la modificación de la Ley aplicable vigente el matrimonio; de ahí que -una luz entre tanta obscuridad- indique la norma que la aplicación de esa Ley no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la Ley aplicable en virtud del apartado 1, letra a).

¹⁴² Todo lo más hubiera bastado con que las especificaciones del apartado 3 hubieran integrado un considerando de orden exegético de la cláusula de excepción del apartado 1, letra c).

¹⁴³ A nuestro criterio en este caso hubiera bastado con la inclusión de una cláusula de excepción como la de la letra c) del apartado 1 de este último artículo, condicionada a que el ordenamiento resultante de su aplicación admitiera la figura de la unión registrada.

a) Los efectos frente a terceros

125. Personas terceras a la pareja pueden verse afectadas por el régimen patrimonial de ésta cuando se hallan en relaciones con uno u ambos de sus cónyuges o miembros¹⁴⁴. De ahí que el artículo 27, letra f), de los Reglamentos de 2016 incluya dentro del ámbito de aplicación material de la *lex causae* los efectos patrimoniales de la pareja sobre la relación jurídica de uno de sus miembros y un tercero (*infra*). Pues bien, el artículo 28 de ambos instrumentos establece una extensa y compleja excepción a esa norma general según la cual, a modo de punto de partida, la Ley aplicable al régimen patrimonial entre los cónyuges o los miembros de una unión registrada no podrá ser invocada por uno de ellos frente a un tercero en un litigio entre el tercero y cualquiera de los integrantes de la pareja o ambos, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha Ley (apartado 1)¹⁴⁵. Seguidamente se dispone una serie de presunciones por las cuales se considera que el tercero conoce la citada Ley aplicable bien porque sea la de determinados Estados, bien porque cualquiera de los cónyuges o miembros de la unión haya cumplido con los requisitos para la divulgación o el registro del régimen patrimonial especificados por los ordenamientos de esos mismos Estados (apartado 2)¹⁴⁶. El precepto concluye indicando que si la Ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio o de la unión registrada no puede ser invocada por uno de los cónyuges ante un tercero por no cumplirse lo que se acaba de exponer, los efectos del citado régimen matrimonial frente a dicho tercero se regirán a) por la Ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges o miembros de la unión y el tercero o b) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados por la Ley del Estado en el que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos (apartado 3).

b) Las leyes de policía

126. La segunda de las soluciones especiales se ciñe a llamadas leyes de policía, a las que los Reglamentos de 2016 dedican el artículo 30. De su análisis combinado con los considerandos 53 y 52, respectivamente, se extrae lo que sigue: a) en primer término se define qué se entiende por estas normas: disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos; b) seguidamente se concreta cuáles pueden ser éstos: su organización política, social o económica¹⁴⁷; c) en tercer lugar se señala que su naturaleza es imperativa; d) a continuación se indican los

¹⁴⁴ Sobre ello véanse M.P. DIAGO DIAGO, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho internacional privado español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2067 (2008), pp. 2763-2787 e I. ANTÓN JUÁREZ, “La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, nº 2, pp. 59-75; esta última autora atinadamente pone de referencia lo relevante que resulta para los terceros tener información sobre el régimen económico matrimonial de las personas con las que contrata, a la vez que recuerda cómo en muchas ocasiones dicha información no existe en un Registro público español o, aun existiendo, es errónea por lo que los terceros quedan en una situación incierta que deberían intentar mitigar.

¹⁴⁵ Desde una perspectiva temporal matizan los considerandos 52 y 51 *in fine*, respectivamente, que sólo podrá oponerse frente a un tercero la Ley aplicable cuando las relaciones jurídicas entre el cónyuge o el miembro de la unión registrada y el tercero “hayan nacido en un momento” en que el tercero tenía o debiera haber tenido conocimiento de dicha Ley. Sobre esta cuestión véase 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, nº 1, pp. 7-18.

¹⁴⁶ Se trata -se entiende que indistintamente- de la Ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges o de los miembros de una unión registrada y el tercero; de la Ley del Estado en el que el cónyuge o el miembro de la unión registrada contratante y el tercero tengan su residencia habitual; o, en el caso de los bienes inmuebles, de la Ley del Estado en el que se halle el bien. Las presunciones aludidas han de ser consideradas *iuris et de iure* conforme a lo expuesto por F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, y por tanto oponibles en todo caso al tercero, en el primer caso debido a la publicidad que deriva de la ley y en el segundo de los efectos de la inscripción de las capitulaciones en los registros públicos (“Artículo 28”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO [dirs.], *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos [UE] nº 2016/1103 y 2016/1104*, cit., p. 285).

¹⁴⁷ Ejemplificándose en la protección de la vivienda familiar, que conforma el régimen primario de los efectos patrimoniales de una pareja y que es objeto de una defensa radical en ciertos Estados. Las leyes de policía desde un punto de vista positivo (como técnica directa que prevalece sobre la norma de conflicto) y la excepción de orden público desde un punto de vista negativo o de rechazo (como mecanismo técnico de la norma de conflicto, *infra*) son dos de las soluciones que los Reglamentos ofrecen para salvaguardar el régimen primario y, en particular, el hogar familiar. Cfr. H. PÉROZ, “Les lois applicables

efectos de estas normas: serán aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los Reglamentos, sobre la que se imponen; e) en quinto término se recalca el carácter excepcional de su utilización y, además, a discreción de la autoridad competente (se trata de una facultad para ésta); f) finalmente, desde un punto de vista exegético, se recuerda que estas leyes se han de interpretar en sentido estricto.

C) Características del ordenamiento aplicable

127. Cualquiera que sea el ordenamiento estatal declarado como aplicable por cualquiera de las soluciones conflictuales generales –basadas en la voluntad de las partes o no– previamente estudiadas, goza de las siguientes características.

128. 1ª Producirá eficacia universal o *erga omnes*, esto es, se aplicará aunque sea el de un Estado que no aplique los Reglamentos. Así lo dispone su artículo 20 (así como los considerandos 44 y 43, respectivamente); si bien este precepto limita su supuesto de hecho a los Estados miembros de la UE que no apliquen estos instrumentos, hay que recordar que la eficacia universal se extiende a cualquier Estado del planeta, sea miembro o no de la Unión (como, por lógica, se deriva del artículo 31 de los Reglamentos). Como consecuencia de lo anterior, las normas de conflicto en la materia de fuente interna de los Estados parte en los Reglamentos son desplazadas o substituidas en aquello en que coincidan sus respectivos ámbitos substantivos de aplicación; en nuestro caso ello afecta a los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil que sólo quedan operativos para los conflictos interregionales¹⁴⁸.

129. 2ª Se asentará en los principios de universalidad del supuesto de hecho y de unidad de la Ley aplicable como consecuencia jurídica¹⁴⁹. Así lo establece el artículo 21 de los Reglamentos y lo desarrollan con carácter genérico los respectivos considerandos 43 y 42 *in fine* cuando disponen que “(p) or motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con independencia de la naturaleza de los bienes y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado”¹⁵⁰.

130. 3ª Se aplicará al más extenso ámbito posible de materias vinculadas con el contenido patrimonial del matrimonio o de la unión registrada. En efecto, dispone el artículo 27 de ambos textos que La ley declarada aplicable regulará, entre otras cosas (es decir, de manera no exhaustiva): a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges o miembros de la unión registrada en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges o miembros de la unión por las obligaciones y deudas del otro; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o miembros de la unión o de ambos con respecto al patrimonio; e) la disolución del régimen patrimonial de la pareja y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio; f) los efectos económicos del matrimonio o de la unión

au régime primaire: incidences du Règlement (UE) 2016/1103 sur le Droit applicable au régime primaire en Droit international privé français”, *cit.*

¹⁴⁸ M.P. DIAGO DIAGO, “Artículo 20”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, *cit.*, p. 204. Recuérdese que el artículo 9, apartado 2, se continúa aplicando asimismo a los efectos personales del matrimonio.

¹⁴⁹ Extremos aplaudidos por las delegaciones española, lituana y polaca en la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE.

¹⁵⁰ Lo reiteran los considerandos 45 y 44, respectivamente, en sede de Ley aplicable (“con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes”), así como el considerando 49 del Reglamento 2016/1103 en defecto de elección: “En el caso de que no se elija la ley aplicable, y para conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja, el presente Reglamento debe introducir normas de conflicto de leyes armonizadas para determinar la ley aplicable a *la totalidad del patrimonio de los cónyuges* sobre la base de una escala de puntos de conexión” (la cursiva es nuestra); extraña que el considerando 48 del Reglamento 2016/1104 no contenga esta referencia, lo que sin duda obedece a un olvido debido a la celeridad en la redacción de los considerandos en la fase final de elaboración de estos textos.

registrada sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges o miembros de ésta y un tercero; y g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales. Según cabe apreciar, el legislador ha pretendido incluir en el ámbito de aplicación de la *lex causae* todo el contenido posible del régimen patrimonial de la pareja desde su nacimiento hasta su extinción, así como naturalmente todo sus efectos entre los cónyuges o los miembros de la unión entre sí y respecto de terceros¹⁵¹.

131. 4ª Incluirá, si así lo aprecia la autoridad competente, la técnica de la adaptación cuando una persona invoque un derecho real del que sea titular en virtud de la Ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio o de la unión registrada y el ordenamiento del Estado miembro en el que se invoque el derecho no conozca el derecho real en cuestión¹⁵². La técnica consistirá en adaptar ese derecho -en caso necesario y en la medida de lo posible- al derecho equivalente más cercano del ordenamiento de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real específico y los efectos asociados al mismo; una técnica que, en definitiva, pone el acento en la perspectiva funcional de las instituciones antes que en la meramente nominal y que se consagra como un eficaz instrumento para garantizar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas como uno de los objetivos esenciales de los Reglamentos (*supra*)¹⁵³.

D) Problemas técnicos de aplicación

132. Para concluir el apartado sobre determinación del ordenamiento aplicable los Reglamentos ofrecen soluciones expresas a tres de los denominados mecanismos, expedientes o problemas técnicos de aplicación de la norma de conflicto.

133. 1º El primero atañe a la excepción de orden público (artículo 31), respecto de la que se dispone que la aplicación de una disposición del ordenamiento de cualquier Estado determinada por los Reglamentos únicamente podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado del foro. Se sigue con ello la tendencia acogida en la codificación supraestatal (incluida la de la UE) y estatal exigiendo, como condición de aplicabilidad de este mecanismo, no una mera disparidad entre ordenamientos sino una contrariedad radical o rotunda; de lo que se deriva su utilización excepcional pues no se trata de rechazar un ordenamiento extranjero sino de inaplicar aquellos de sus preceptos que contraríen *in casu* el orden público internacional del Estado del foro¹⁵⁴.

134. 2º El segundo se refiere al reenvío, que halla su caldo de cultivo tradicional en el ámbito de la sucesión *mortis causa* y de los efectos económicos del matrimonio. Pero así como en el Reglamento 650/2012 se ha admitido su uso mediante una compleja y criticable fórmula (artículo 34)¹⁵⁵, el artículo 32 de los Reglamentos de 2016, rubricado “Exclusión del reenvío”, prohíbe a las autoridades que lo apliquen utilizar este expediente al establecer de modo tajante que la aplicación del ordenamiento de un Estado determinado por ellos se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas substantivas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado.

¹⁵¹ No obstante, respecto de éstos habrá que estar a la excepción establecida en el artículo 28 de los Reglamentos (*supra*).

¹⁵² Como sería, por ejemplo, el caso del usufructo (R. FRIMSTON, “Article 1”, *cit.*, p. 49).

¹⁵³ La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación judicial civil en materia internacional, prevé la adaptación en sede tanto de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras (artículo 41, apartado 4), como registral (artículo 61).

¹⁵⁴ Sin embargo los considerandos 54 y 53 de los respectivos Reglamentos impiden el uso de este mecanismo cuando con él se contraría la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y, en particular, su artículo 21 sobre el principio de no discriminación, indicación pensada para los ordenamientos que admiten los matrimonios o las uniones registradas entre personas del mismo sexo; los citados considerandos, además, convierten este planteamiento en transversal al extenderlo no sólo al rechazo de una Ley de otro Estado sino también a la negativa de reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado (*infra*). Ya desde la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE la Comisión hizo hincapié en la obligatoriedad de incorporar esta cláusula de neutralidad, lo que fue apoyado por Alemania, Eslovenia, Luxemburgo y Suecia.

¹⁵⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento de la UE 650/2012: especial referencia a la legítima”, en C. HORNERO MÉNDEZ, A. YBARRA BORES, N. GONZÁLEZ MARTÍN y E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (coords.), *Derecho sucesorio comparado: las experiencias española y mexicana en un contexto internacional*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 325-326.

135. 3º El último de los problemas de aplicación de la norma de conflicto abordado por los dos Reglamentos es el concerniente a la remisión a un Estado plurilegislativo, que se produce cuando el ordenamiento estatal declarado aplicable por la norma de conflicto contiene en su seno distintos conjuntos normativos aplicables *ratione territorii* o *ratione personae*.

136. a) A lo primero se refiere el artículo 33 (“Estados con diversos regímenes jurídicos - Conflictos territoriales de leyes”)¹⁵⁶. En él se dispone, como solución primera, dejar en manos de las normas internas en materia de conflicto de leyes del Estado en cuestión determinar la unidad territorial pertinente cuyas normas jurídicas sean de aplicación (apartado 1)¹⁵⁷. Como solución segunda en defecto de la anterior se establecen tres reglas para concretar el conjunto normativo interno que será de aplicación (apartado 2)¹⁵⁸:

137. – cuando el Derecho estatal declarado por las normas de conflicto de los Reglamentos lo sea sobre la base de la residencia habitual de los esposos o de los miembros de una unión registrada, ese mismo criterio de conexión se utilizará para resolver la cuestión;

138. – cuando lo sea conforme a la nacionalidad de los componentes de la pareja el problema se resolverá aplicando la Ley territorial con la que éstos tengan una conexión más estrecha al no existir, por lógica, diferentes nacionalidades entre los ciudadanos o súbditos de un mismo Estado soberano; y

139. – cuando el Derecho nacional sea declarado aplicable por cualquier otro punto de conexión se aplicarán las normas del territorio en el que esté ubicado el elemento pertinente que conduzca a la concreción de ese criterio de conexión. Los Reglamentos permiten a los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en esta materia aplicar los propios Reglamentos a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente, no tratándose en ningún caso de una obligación (artículo 35)¹⁵⁹.

140. b) Para los conflictos personales, que se producen en el caso en que un Estado tenga dos o más regímenes jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de regímenes patrimoniales para los matrimonios o para las uniones registradas, el artículo 34 dispone de igual modo que, en primer lugar, se esté a las normas internas en la materia existentes en el ordenamiento de dicho Estado¹⁶⁰; y, en su defecto, que se aplique el régimen jurídico o el conjunto de normas con el que los cónyuges o los miembros de la unión registrada tengan una conexión más estrecha¹⁶¹.

7. Eficacia extraterritorial de resoluciones y de documentos

141. Resuelta la determinación de la autoridad competente y de la Ley que ésta haya de aplicar, los Reglamentos abordan la eficacia extraterritorial de resoluciones (capítulo IV, artículos 36 a 57) y de

¹⁵⁶ Cfr. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales en el contexto plurilegislativo español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 47 (2018), en prensa.

¹⁵⁷ En el sistema español sería el caso del artículo 16 del Código Civil para los regímenes económicos matrimoniales.

¹⁵⁸ En el sistema español serían estas las normas técnicas aplicables para resolver los conflictos de internos en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas que entrasen en el ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1104 al no ser de aplicación a aquellos el artículo 16 del Código Civil: J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 33”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, cit., p. 369.

¹⁵⁹ España nunca ha ejercido hasta la fecha esta facultad en relación con otros Reglamentos de la Unión en el campo de la cooperación judicial civil. No obstante, dado el caos normativo de nuestro ordenamiento en materia de uniones registradas habría que valorar seriamente la posibilidad de aplicar a los conflictos internos de leyes las normas del Reglamento 2016/1104: cfr. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Las reglas sobre aplicación de un sistema plurilegislativo: una visión desde el exterior (Especial referencia a la aplicación del Derecho español al amparo del Reglamento europeo 2016/1104)”, en N. CORNAGO PRIETO y J.J. ÁLVAREZ RUBIO (coords.), *Repensar la UE: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía* (en prensa).

¹⁶⁰ No es el caso de España, donde no existen conflictos internos de carácter interpersonal.

¹⁶¹ Llama la atención que el legislador comunitario no haya previsto, para los conflictos interpersonales, una regla similar a la del artículo 35 citado.

documentos (capítulo V, artículos 58 a 60). Lo que se enmarca en el objetivo general del reconocimiento mutuo de decisiones y actos, piedra angular de la construcción europea en el campo de la cooperación judicial en materia civil (considerandos 56 y 55, respectivamente). La regulación consagrada reproduce la de otros instrumentos preexistentes en este campo, por lo que no aporta novedades relevantes¹⁶². Debe recordarse que todo este bloque se somete a una limitación territorial de aplicación por cuya virtud tanto el Estado de origen de la decisión o documento como el de destino de los mismos han de ser uno de los dieciocho que son parte en los Reglamentos (entre ellos España, *supra*).

A) De las resoluciones judiciales

142. Los Reglamentos de 2016 distinguen entre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales definidos en su artículo 3, apartado 2 (*supra*); si bien la ejecución final de la decisión no se regula por cuanto depende de la normativa procesal de cada Estado¹⁶³. Abordemos pues los dos primeros aspectos¹⁶⁴.

143. 1º El reconocimiento se produce de manera automática, esto es, sin necesidad de seguir procedimiento alguno (artículo 36, apartado 1), admitiéndose no obstante invocar el reconocimiento de una decisión a título principal en un litigio si una parte así lo considera o lo precisa (a cuyo efecto se aplicaría el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57, *infra*). Los Reglamentos consagran los cuatro clásicos motivos de denegación del reconocimiento (artículo 37) prácticamente definidos desde el Convenio de Bruselas de 1968. En su valoración el legislador comunitario expresamente dispone prescripciones importantes (artículos 38 a 41): a) que han de respetarse los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en particular su artículo 21 sobre el principio de no discriminación, *supra*); b) que el motivo basado en el orden público no se puede proyectar sobre las normas de competencia contempladas en los artículos 4 a 11 de los Reglamentos; c) que no cabe controlar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, dado que los foros han sido armonizados; d) que no está permitido revisar en cuanto al fondo las resoluciones dictadas en otros Estados miembros; y e) que se puede suspender el procedimiento de reconocimiento si la resolución es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen.

144. 2º La fuerza ejecutiva es el objeto del artículo 42 de ambos textos, por cuya virtud las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean ejecutorias en dicho Estado se ejecutarán en otro Estado miembro a instancia de cualquier parte interesada. Para ello se precisa que se haya declarado que dicha resolución posee fuerza ejecutiva en su Estado de origen conforme a un procedimiento *ad hoc* en el que se establece la competencia territorial para efectuar esta declaración (artículo 44), los trámites que se han de seguir (artículos 45 y 46), la declaración de ejecutividad que ha dictar la autoridad competente (artículo 47) y la notificación de la resolución de solicitud de declaración de fuerza ejecutiva a la otra parte (artículo 48), que podrá ser recurrida en los términos dispuestos por los artículos 49 a 52¹⁶⁵.

¹⁶² Cfr. J.I. PAREDES PRENDES, “El sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de Derecho de familia: crisis matrimoniales y pronunciamientos vinculados”, *La Ley Derecho de Familia*, nº 17 (primer trimestre de 2018).

¹⁶³ Únicamente se hace referencia a ella, en común con los otros dos aspectos, en el artículo 56 de ambos textos el cual dispone que no cabe exigir en el Estado requerido garantía, fianza o depósito alguno, sea cual fuere su denominación, a la parte que los solicite por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el Estado miembro de ejecución (artículo 56). Una regla que se remonta a la declaración de la caución de arraigo en juicio (o *cautio iudicatum solvi*) como discriminatoria y contraria a las libertades comunitarias por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto C-20/92, *Hubbard c. Hamburger*, de 1 de julio de 1993.

¹⁶⁴ Respecto de ellos, para salvaguardar las competencias estatales así como para disipar recelos de algunos Estados el legislador comunitario reitera que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de régimen económico matrimonial o de efectos patrimoniales de las uniones registradas no deben implicar en modo alguno el reconocimiento del matrimonio o de la unión que dieron lugar a la resolución (considerandos 64 y 63, respectivamente). No obstante la delegación griega, en la reunión del 26 de julio de 2011 del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE, advirtió que la obligatoriedad de reconocer las resoluciones de otros Estados en este campo implicaba forzosamente la admisión, aunque indirecta, de la institución de la unión registrada.

¹⁶⁵ Especial relieve ofrece la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga un recurso de confor-

Prevén asimismo los Reglamentos dos posibilidades reseñables: a) por una parte, que el solicitante inste la adopción de medidas provisionales o cautelares de conformidad con la legislación del Estado miembro de ejecución, sin que resulte necesaria la declaración de fuerza ejecutiva (artículo 53); y b) por otra parte, que el órgano competente se pronuncie sobre la fuerza ejecutiva de una o de varias de las pretensiones que contenga la resolución extranjera si no cabe hacerla sobre todas, pudiendo pues el solicitante solicitar una declaración de fuerza ejecutiva parcial (artículo 54). A fin de articular en la práctica una mayor facilidad para la eficacia transfronteriza de las decisiones, en el procedimiento expuesto ambos instrumentos prevén la extensión, en el Estado de ejecución, de la asistencia jurídica gratuita o de la más amplia exención de costas y gastos de que se gozase en el Estado de origen, configurándose así un derecho para los ciudadanos en el artículo 55; de igual modo establecen los Reglamentos la prohibición de percepción de impuestos, derechos y tasas en el procedimiento que venimos analizando (artículo 57).

B) De los documentos públicos y de las transacciones judiciales

145. El penúltimo capítulo de los dos instrumentos aborda la eficacia transfronteriza de los documentos públicos (subapartado a) y de las transacciones judiciales (subapartado b) siguiendo de cerca el modelo establecido en el Reglamento 650/2012 sobre sucesión *mortis causa*.

a) De los documentos públicos

146. A los documentos públicos, tal y como han sido definidos en el artículo 3, apartado 1, letra c) (*supra*), dedican los Reglamentos dos preceptos¹⁶⁶.

147. 1º El primero se refiere a la aceptación de documentos públicos (artículo 58), que prevé el efecto primordial por cuya virtud aquellos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio -o el efecto más parecido posible- que en el primero, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del segundo¹⁶⁷. Para articularlo se establecen las posibilidades a) de solicitar el formulario al que se refiere el artículo 67, apartado 2, de ambos instrumentos especificando el valor probatorio del documento *ab origine*; b) de recurrir la autenticidad del documento público (lo que ha de hacerse ante las autoridades del Estado donde fue formalizado y conforme a su legislación, considerandos 59 y 58 *in fine*, respectivamente); y c) de recurrir asimismo los actos o relaciones jurídicos consignados en el documento público en cuestión (para lo que se aplicarían las normas sobre competencia y Ley aplicable consagradas en los propios Reglamentos)¹⁶⁸. La interposición de ambos tipos de recursos priva a los documentos públicos de su valor probatorio (artículo 58, apartados 2 y 3, y considerandos 62 y 61, respectivamente).

148. Los instrumentos consagran soluciones para los eventuales supuestos de incompatibilidad de documentos públicos entre sí y de incompatibilidad de un documento con una resolución judicial (considerandos 63 y 62, respectivamente): a) A en el primer caso la autoridad a la que se le presentasen ambos documentos debería evaluar a cuál de ellos habría de otorgar prioridad -si hubiera de otorgarla

midad con los artículos 49 ó 50 deniegue o revoque la declaración de fuerza ejecutiva por uno de los motivos previstos en el artículo 37 (*supra*). Acerca de lo previsto en los artículos 44, 49 y 50 los Estados miembros han de proporcionar determinada información a la Comisión (artículo 64, *infra*).

¹⁶⁶ Recuérdese que la autenticidad de los documentos públicos debe ser un concepto autónomo (considerandos 58 y 59, así como 57 y 58 respectivamente). Dispone el segundo de los considerandos que incluye aspectos como su veracidad, sus requisitos formales previos, las competencias de la autoridad que formaliza el acto y el procedimiento por el cual se formaliza éste; también abarca los hechos oficialmente consignados por la autoridad competente en el documento público, como que las partes indicadas han comparecido ante la autoridad en la fecha señalada y han formulado las declaraciones que en él se expresan.

¹⁶⁷ Añaden los considerandos 58 y 57 *in fine*, respectivamente, que para determinar el valor probatorio de un documento público en otro Estado miembro (o el efecto más parecido posible) ha de estarse a la naturaleza y al alcance del valor probatorio del documento público en el Estado miembro de origen; por lo tanto, el valor probatorio que un documento público tendrá en otro Estado miembro dependerá del Derecho del Estado miembro de origen.

¹⁶⁸ Los términos “los actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público” deben interpretarse como una referencia al contenido registrado en el documento público (considerandos 60 y 59, respectivamente).

a alguno- teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto; si de ellas no se desprendiera claramente una solución, la cuestión debería ser resuelta por los órganos jurisdiccionales competentes en virtud de los Reglamentos (o, si la cuestión se plantease como cuestión incidental en el transcurso del procedimiento, por el órgano jurisdiccional que conociera de dicho procedimiento). b) En caso de incompatibilidad entre un documento público y una resolución, habrían de tomarse en consideración los motivos para denegar el reconocimiento de resoluciones (artículo 37 de los Reglamentos).

149. 2º El artículo 59, por su parte, permite que, a instancia de cualquiera de las partes, un documento público que tenga fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen sea declarado ejecutivo asimismo en otro Estado miembro, utilizándose para ello el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57 ya analizados¹⁶⁹.

b) De las transacciones judiciales

150. Para las transacciones judiciales definidas en el artículo 3, apartado 1, letra e) (*supra*) el artículo 60 de los Reglamentos reproduce las normas del artículo 59, a las que nos remitimos.

8. Disposiciones generales y finales

151. La conclusión de este estudio nos exige analizar aquellas disposiciones generales y finales del capítulo VI de los Reglamentos que no lo hayan sido ya a lo largo del mismo.

152. 1ª La primera, una disposición general clásica en todos los instrumentos en materia de cooperación judicial civil, establece la inexistencia de legalización -ni de formalidad análoga alguna- para los documentos expedidos en un Estado miembro en el marco de ambos instrumentos (artículo 61). No se refiere *stricto sensu* a los documentos públicos objeto del capítulo V de los Reglamentos, sino a los de cualesquiera expedidos, autorizados, emitidos o redactados en el marco de las consecuencias patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas.

153. 2ª La segunda disposición final concierne a las relaciones entre los Reglamentos y los convenios internacionales vigentes entre los Estados miembros (artículo 62). A tal fin los apartados 1 y 2 de este precepto en ambos instrumentos reproducen las soluciones tradicionales respecto de los tratados bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o varios Estados miembros¹⁷⁰. En tanto el apartado 3 del Reglamento 2016/1103 aborda el excepcional, específico -y no pacífico- supuesto de las denominadas convenciones nórdicas en la materia, cuya aplicación se autoriza entre los Estados miembros parte en ellas en la medida en que ofrecen procedimientos simplificados y más rápidos para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial¹⁷¹.

¹⁶⁹ Acerca de su desarrollo matiza el artículo 59 de los Reglamentos por una parte que a efectos del artículo 45, apartado 3, letra b), la autoridad que haya formalizado el documento público expedirá, a instancia de cualquiera de las partes, una certificación, sirviéndose para ello del formulario previsto de acuerdo con el procedimiento consultivo al que se refiere el ya citado artículo 67, apartado 2; y por otra parte que el órgano jurisdiccional ante el que se interponga un recurso de conformidad con los artículos 49 ó 50 denegará o revocará la declaración de fuerza ejecutiva únicamente cuando el documento público sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro de ejecución.

¹⁷⁰ Para España, el artículo 62 supone la inaplicación de los Convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución suscritos con Alemania (14 de noviembre de 1983), Austria (17 de febrero de 1984), Bulgaria (23 de mayo de 1993), Chequia (4 de mayo de 1987), Francia (28 de mayo de 1969) e Italia (22 de marzo de 1973): *cf.* G. PALAO MORENO, "Artículo 62", en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, cit. pp. 554-555.

¹⁷¹ Se trata del Convenio de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, revisado en 2006; del Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, revisado en junio de 2012; y del Convenio de 11 de octubre de 1977 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil.

154. 3ª Un tercera disposición final atañe a ciertas informaciones públicas que los Estados miembros han de proporcionar a la Comisión para una más eficaz y útil aplicación de los Reglamentos (considerandos 67 y 65, respectivamente).

155. a) En primer término, dirigida al público a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, han de facilitar un breve resumen de su legislación y de sus procedimientos nacionales en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas, incluida la información sobre cuáles son las autoridades competentes y sobre los efectos frente a terceros a que se refiere el artículo 28; una información que han de mantener actualizada permanentemente (artículo 63)¹⁷².

156. b) En segundo lugar los Estados tenían de plazo hasta el 29 de abril de 2018 para suministrar información acerca, por un lado, de las autoridades competentes para conocer de las solicitudes de declaración de fuerza ejecutiva de conformidad (artículo 44, apartado 1) y de los recursos contra las resoluciones dictadas sobre dichas solicitudes (artículo 49, apartado 2); y, por otro lado, de los procedimientos para impugnar la resolución dictada sobre el recurso a que se refiere el artículo 50¹⁷³. Esta información ha de ser publicada en el Diario Oficial de la UE así como a través de la Red Judicial Europea (artículo 64).

157. c) Finalmente, sobre la base de las comunicaciones de los Estados miembros relativas a las demás autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere el artículo 3, apartado 2 (*supra*), la Comisión ha de redactar una lista que publicará -con toda modificación posterior- mediante las dos vías que acabamos de señalar (artículo 65).

158. 4ª La última disposición adicional que analizamos se refiere a los artículos 45, apartado 3, letra b), 58, 59 y 60, respecto de los que el artículo 66 de los Reglamentos dispone que la Comisión adoptará actos de ejecución para crear y modificar posteriormente los certificados y formularios a que aluden los citados artículos. Lo que se ha llevado a cabo mediante los Reglamentos de ejecución de la Comisión 2018/1935, de 7 de diciembre de 2018, para los regímenes matrimoniales y 2018/1990, de 11 de diciembre de 2018¹⁷⁴ para los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Se trata de normas adoptadas con el fin de facilitar la aplicación de los Reglamentos de 2016 y para que se pueda hacer uso de las modernas tecnologías de la comunicación (considerandos 68 y 66, respectivamente).

¹⁷² En el momento de elaboración de estas líneas nuestro Reino aún no había proporcionado esta información a la Comisión. El autor de estas líneas compadece a quienes hayan de elaborar el “breve resumen” de nuestra legislación en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

¹⁷³ Mandato que aún no se ha acometido por el Gobierno de España.

¹⁷⁴ Publicados, respectivamente, en el *Diario Oficial* L 314 de 11 de diciembre de 2018 y L 320 de 17 de diciembre del mismo año.

ESTANCIAS TEMPORALES DE MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA: RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE Y DESAFÍOS DE FUTURO

TEMPORARY STAYS OF FOREIGN CHILDREN IN SPAIN: LEGAL FRAMEWORK AND FUTURE CHALLENGES

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia de Comillas*

Recibido: 03.10.2018 / Aceptado: 10.12.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4613>

Resumen: El desplazamiento temporal de menores extranjeros a España por motivo de vacaciones, tratamiento médico y escolarización, está suscitando cada vez más interrogantes jurídicos tanto en el ámbito del Derecho de extranjería como en el de la protección internacional de menores, incluida la posible adopción. La conversión de estancias temporales en permanentes es clave en estos casos que serán analizados en este trabajo.

Palabras clave: estancias temporales, menores extranjeros, extranjería, protección, infancia.

Abstract: Temporary stays of foreign children in Spain because of holidays, medical treatments or educational programs, has legal consequences from the perspective of the immigration laws but also from the laws for children protection. When these stays are transformed in permanent, legal challenges are key and will be analyzed in this work.

Keywords: temporary stays, foreign children, immigration, children protection laws.

Sumario: I. Introducción.II. Algunos datos relevantes.III. Derecho de extranjería.IV. Derecho de protección internacional de menores.1. La guarda temporal.2. La adopción. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros a España (particularmente bielorrusos y saharauis) por motivos de salud, escolarización y vacaciones, que comenzaron en los años 90¹,

¹ *Los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros surgieron a finales de los años 90 debido a catástrofes naturales y episodios bélicos fuera de nuestras fronteras (sic. tales como la catástrofe de Chernóbil, guerra de los Balcanes, etc. que ocasionaron que las organizaciones no gubernamentales se preocuparan por la situación de los menores en esos lugares, promoviendo programas de acogida temporal por vacaciones y tratamiento médico. El éxito de dichos programas ha contribuido a su desarrollo año tras año.* (Preámbulo del Decreto Balear 11/2013, de 22 de marzo, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento para emitir informes relativos a programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros (BOIB nº. 40 de 23 de marzo de 2013).

tiene un marco normativo complejo que comprende desde un convenio internacional², a leyes³ y reglamentos estatales⁴ y diversa normativa autonómica⁵.

Estos desplazamientos plantean cuestiones jurídicas muy diversas⁶. En este trabajo se expondrán, en primer lugar, los datos que sitúan sociológicamente esta realidad, para abordar, a continuación, las soluciones legales, administrativas y judiciales tanto en el ámbito del Derecho de extranjería como de la protección internacional de menores.

II. Algunos datos relevantes

2. Si bien no existen estadísticas globales y anuales sobre el número total de visados expedidos para las estancias temporales de menores extranjeros, existen algunos datos de los dos programas generales más importantes, los de menores saharauis y bielorrusos⁷. El primero de ellos se denomina *Vacaciones en Paz*, y se convoca anualmente por el Ministerio competente en materia de inmigración⁸. En esta convocatoria se determina el número de menores que llegan cada año y las Comunidades autónomas en las que van a residir. Si el año 2016 fueron un total de 4.570, en 2017 fueron 4.793 y en 2018, 4.028. En el periodo 2013-2017 han sido acogidos en nuestro país un total de 23.173 niños. En el cuadro siguiente se muestra la distribución de los que llegaron en 2017 por Comunidades autónomas:

Comunidad Autónoma	Año 2017
Andalucía	1.260
Aragón	136
Asturias	240
Illes Balears	92
Cantabria	78
Castilla y León	245
Castilla-La Mancha	400
Cataluña	450
Canarias	208
Extremadura	186
Galicia	296
Navarra	108
La Rioja	40
Madrid	296
Murcia	120
País Vasco	350
Comunidad Valenciana	288
TOTAL	4.793

² Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Belarús sobre las condiciones de la mejora de la salud de menores nacionales de la República de Belarús en el Reino de España, hecho en Minsk el 1 de junio de 2009 (BOE nº. 223 de 15 de septiembre de 2009).

³ Art. 4.3. de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional (BOE núm. 312 de 29 de diciembre modificado por BOE nº. 180 de 29 de julio de 2015). En adelante LAI.

⁴ Arts. 187 y 188 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 (BOE nº. 103 de 30 de abril de 2011).

⁵ Como es el caso del Decreto balear 11/2013 ya citado.

⁶ Se trata de un colectivo de menores extranjeros poco estudiado doctrinalmente sobre el que hay escasa jurisprudencia y algunos informes y resoluciones de los defensores regionales y documentación de órganos administrativos.

⁷ Ya en el año 1995 se estimaba un número de 15.000 menores llegados a España por año (Instrucción de la Subdirección General de extranjería del Ministerio de Asuntos sociales destinada a las Embajadas españolas en Moscú, Kiev, Zagreb y Argel de 5 de diciembre de 1995).

⁸ La última es la Resolución de 19 de junio de 2018, de la Dirección General de Migraciones. (BOE nº 149 del 20 de junio de 2018).

En relación a los menores bielorrusos o ucranianos, afectados por la catástrofe de Chernobil, no existe un procedimiento administrativo anual similar al de los saharauis y son los medios de comunicación los que recogen las cifras: se ha publicado, por ejemplo, que en 2018 llegaron 2.500⁹.

3. Sin embargo, a pesar de esta carencia de estadísticas nacionales, cuatro Comunidades autónomas me han facilitado las cifras de menores que han llegado a su territorio para este tipo de estancias y son las siguientes¹⁰:

Año 2017

Comunidad autónoma	Vacaciones	Salud	Estudios	Total
Madrid	372	6	52	430
Valencia	375	12	63	450
Galicia	406	11	13	430
Castilla-La Mancha	473	0	5	478

Año 2018

Comunidad autónoma	Vacaciones	Salud	Estudios	Total
Madrid	358	3	28	389
Valencia	365	5	16	386
Galicia	367	5	33	407
Castilla-La Mancha	389	0	19	408

Existen dos procedimientos de entrada en función de si se inician bien a propuesta de personas físicas o bien a través de una asociación o persona jurídica. Hay diversas asociaciones que gestionan la llegada de estos menores a España: algunas son ONGs generales de infancia¹¹, otras son organizaciones más específicas¹² pero también, en ocasiones, son entidades mediadoras órdenes religiosas, clubs deportivos o incluso cooperativas.

4. Cada año entran en nuestro país, por tanto, un elevado número de menores extranjeros a través de estos procedimientos. En la primera mitad de 2018, han sido ya 4.528 de los dos programas principales: Sáhara y Chernobil. Pero este mismo año a Madrid, Galicia, Valencia y Castilla La Mancha han llegado también 19 menores senegaleses, 1 mauritano, 1 etíope, 1 de Costa de Marfil, 3 de Benin, 2 de Togo, 18 argelinos, 26 palestinos 1 mexicano, 18 georgianos, 16 chinos, 1 peruano, 3 brasileños, 1 colombiano y 1 venezolano.

Se trata de cifras importantes que pueden llegar a superar las de los menores extranjeros no acompañados, fenómeno con mucho mayor impacto en medios de comunicación y con un tratamiento muy abundante en trabajos científicos y en la jurisprudencia. Estos datos, así como la casuística jurídica que comienza a plantearse respecto de ellos, justifica un análisis de su estatuto jurídico tanto respecto del Derecho de extranjería como respecto del Derecho de protección internacional de menores. Se tratarán ambas cuestiones en los siguientes epígrafes.

⁹ https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/verano-salud-espana-2500-ninos-afectados-chernobil_201307205727825a4beb28d44602f16e.html

¹⁰ Agradezco especialmente a las responsables de Infancia María Ger Martos DG de la Comunidad de Castilla la Mancha, Amparo González Méndez DG de la Xunta de Galicia, a Ana Cristina Gómez Aparicio SG de la Comunidad de Madrid y a Isabel Artero de la Comunidad Valenciana la información enviada tanto numérica como de procedimientos.

¹¹ Aldeas infantiles o Tierra de Hombres, por ejemplo.

¹² Solidaridad con los niños bielorrusos Belen, Niños de Ucrania y de Andalucía, etc., FINSOL (para la acogida de niños de Georgia), familias solidarias pueblo bielorruso Federación saharauis...

III. Derecho de extranjería

5. La normativa de extranjería actual¹³ distingue dos supuestos de desplazamientos temporales: los que denomina “por razones humanitarias” que comprenden el desplazamiento por vacaciones o por tratamiento médico¹⁴, y los que tienen por objeto los estudios¹⁵. El procedimiento para solicitar el desplazamiento es el mismo, y la principal diferencia entre ambos es su duración. El de vacaciones y motivos médicos no puede ser superior a los 90 días. El de estudios tiene la duración de un curso académico salvo que razones excepcionales impidan al menor regresar a su país; además, si va proseguir los estudios un curso más, deberá solicitarse una nueva autorización. En ambos casos el programa puede ser promovido o financiado por administraciones públicas o por asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, y deberá solicitarse bien por estas entidades o bien por personas físicas.

6. La concesión del visado está supeditada a la autorización expresa del titular de la patria potestad o tutela del menor¹⁶ y a informes preceptivos tanto del órgano competente en materia de protección de menores sobre el programa como del Delegado o Subdelegado del Gobierno¹⁷. Los requisitos exigidos en los informes de la Delegación y Subdelegación del Gobierno son únicos y públicos¹⁸.

Sin embargo, no existe un marco estatal para la elaboración de los informes de la Entidad Pública de protección de menores y por ello, próximamente, será objeto de un protocolo de actuación estatal¹⁹, ya que las Comunidades autónomas han dictado en estos años normas e instrucciones de rango desigual para articular su tramitación²⁰.

Finalmente, en relación a la expedición del visado existe alguna Resolución del Consejo de Transparencia y buen Gobierno que instan al MAEC a confirmar si existe alguna circular, instrucción y otro documento del Consulado General de España en Moscú relativos a los procedimientos de tramitación de visados para los programas de acogida de los menores rusos en España en aplicación del art. 187 del Reglamento de Extranjería²¹.

¹³ Una exposición completa y documentada sobre la evolución de la normativa de extranjería en esta materia partiendo del primer Reglamento de extranjería (155/1996), analizando los dos siguientes de 2001 y 2004 hasta llegar a la redacción actual es el de M. ARBELÁEZ RUDAS, “Desplazamiento temporal de menores extranjeros” en D. BOZA MARTÍNEZ, F. DONAIRE VILLA, MOYA D. MALAPEIRA, *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el RD 557, 2011 y la Ley 12/2009*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 241-3.

¹⁴ Artículo 187 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 (Reglamento de Extranjería).

¹⁵ Artículo 188 del mismo Reglamento.

¹⁶ Justamente a la oficina consular le corresponde “comprobar la autorización expresa de quien ejerce la patria potestad o tutela así como todo lo relativo a los pasaportes individuales o colectivos, salvoconductos u otra documentación de viaje de los menores (M. ARBELÁEZ RUDAS, “Desplazamiento temporal...”. op. cit. p. 244).

¹⁷ Como señala B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los menores en el derecho de extranjería” en C. SÁNCHEZ-RODAS Navarro, *Extranjeros en España: régimen jurídico*. Laborum, Murcia, 2001, p. 372, estas cautelas e informes preceptivos responden a que “desgraciadamente, en el pasado se han dado casos de programas que traían a menores que no eran realmente necesitados, y cuyos padres habían pagado además sumas importantes de dinero para sufragar sus vacaciones en España”.

¹⁸ <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja061/index.html#Normativa>.

¹⁹ La DG de Castilla La Mancha ha propuesto la elaboración de un protocolo estatal que será aprobado por la Comisión inter autonómica de infancia y familia del Ministerio de Sanidad, Bienestar Social y Consumo. Una de las mayores preocupaciones es la llegada por estudios de niños y niñas de corta edad, ante lo que las CCAA están adoptando distintos criterios. Según los datos del Portal de Inmigración, en 2018 se concedieron un total de 1824 autorizaciones de estancia en España por estudios a menores de 15 años: las cuatro nacionalidades más representadas de Europa y África son Rusia (160), Ucrania (77) y Marruecos (17) y Argelia (40) y Libia (41).

²⁰ Decreto balear 11/2013 ya citado y Orden Foral de 14 de mayo de 2013, por la que se aprueba el procedimiento de actuación para obtener la conformidad de la Diputación Foral a los Programas de Desplazamiento Temporal de niños, niñas y adolescentes extranjeros que se desarrollen en Gipuzkoa (<https://egoitza.gipuzkoa.eus/>). Sin embargo, en general, las CCAA emiten estos informes de acuerdo a Instrucciones de carácter interno, como por ejemplo Instrucción 5/2008 de 6 de noviembre de la DG de la Junta de Andalucía, Instrucción de 20 de marzo de 2012 pola que se regula o procedimiento para a emisión de informe autonómico para os programas de desprazamento temporal de menores estrangeiros de la Xunta de Galicia, o las Instrucciones del DG de la Comunidad de Madrid de 17 de marzo de 2017.

²¹ Resolución de 23 de mayo de 2016 Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (JUR\2016\179736)

7. En estos años, los casos que han llegado a los tribunales o a las administraciones en aplicación de esta normativa, tienen relación con la previsible extensión del periodo de estancia en España. Si existe sospecha, antes de la concesión del visado, de que se va a utilizar esta vía para una estancia de más larga duración (quizá una tutela o una adopción encubierta), se deniega²². Sin embargo, en el caso de que la finalidad inicial de la estancia temporal fuera un tratamiento médico y luego ésta se debe alargar por razones justificadas, o aunque la finalidad inicial fuera otra, si se sufre una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada no accesible en su país de origen, es posible solicitar la exención de visado y el permiso de residencia por razones humanitarias²³. Incluso ha habido supuestos en los que, tras los años de residencia por razones humanitarias, se concede al menor la nacionalidad española²⁴.

IV. Derecho de protección internacional de menores

8. Los casos analizados en este trabajo, desde la perspectiva del Derecho internacional de protección de menores, suponen una “cesión temporal e internacional de guarda” por parte de las personas o autoridades del país de origen del niño que ostentan la responsabilidad parental, en favor de personas o entidades con residencia habitual en España. No se trata por tanto de un acogimiento internacional de menores²⁵, y menos aún de una adopción internacional.

Sin embargo, como se refleja en alguna de las sentencias y resoluciones administrativas analizadas, en ocasiones esa guarda temporal acaba efectivamente transformándose en un acogimiento e incluso en una adopción. Por tanto, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, es oportuno analizar los criterios de competencia judicial internacional, de Derecho aplicable y de reconocimiento internacional de resoluciones y decisiones, relativos, tanto a la situación inicial de guarda, como en los casos en los que se propone posteriormente un acogimiento o una adopción.

9. Lo primero que debe señalarse es que la institución de la guarda se integra en el nuevo concepto UE de responsabilidad parental, como ha reconocido la jurisprudencia del TJUE²⁶. 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 (CH96)²⁷ distingue, sin embargo, la responsabilidad parental de las medidas de protección de la persona o

²² Es por ejemplo el caso resuelto por el TSJ de Madrid en la Sentencia núm. 449/2010 de 13 mayo (JUR\2010\229706) que analiza la denegación del visado a una menor guineana que venía a estudiar a España, tanto por razones formales como porque los hechos apuntan a que la estancia en España supone en realidad una tutela encubierta: “no consta acreditado que el Derecho guineano permita que ante Notario se pueda constituir una tutela por lo que dicha autorización es, en realidad, una verdadera renuncia de la patria potestad por el padre lo que es completamente incompatible con el espíritu del visado solicitado”.

²³ Así lo señalan A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.) y HEREDIA L. SÁNCHEZ (Coord.). *Manual práctico orientativo de Derecho de extranjería*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2016, p.167. Es por ejemplo el caso resuelto en la sentencia del TSJ de Cataluña núm. 397/2006 de 9 mayo (JUR\2006\271807) que trata de dos menores marroquíes sordos que vienen a España con sus padres para una intervención en la que se les haga un implante coclear. La intervención sanitaria se retrasa, y solicitan una exención de visado y un permiso de residencia temporal que inicialmente se deniega pero que el TSJ finalmente concede.

²⁴ Es el caso al que se refiere el Auto de la AP de Zaragoza de 10 de febrero de 2006 (Roj: AAP Z 493/2006 - ECLI: ES:APZ:2006:493^a): un refugiado saharauí de Tinduf se desplaza a España con su hijo de 2 años para que pueda recibir la atención médica adecuada para el tratamiento de la malformación que padecía al nacer - labio leporino bilateral y fisura palatina - y luego le buscó una familia en España que lo pudiese atender ante las dificultades que tenía el progenitor para permanecer de forma estable con él dada su condición de extranjero, manteniendo a lo largo del tiempo contactos con su hijo y la familia a quien encomendó su guarda y gestionando incluso la obtención de la nacionalidad española para su mentado hijo

²⁵ En relación al cual hay dos recientes y documentados trabajos de la profesora Mónica Herranz Ballesteros: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis” *La Ley Unión Europea*, Inúmero 44, 2017; Directorate General for Internal Policies. Policy Department on Citizens Rights and Constitutional Affairs. European Parliament. Laura Carpaneto Cross Border placement of children in the European Union. 2016. El informe español ha sido elaborado por la profesora Herranz.

²⁶ Sentencia del TJCE de 27 noviembre 2007 (Caso C contra C) (Asunto C-435/06).

²⁷ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010. Sobre este Convenio puede verse M. HERRANZ BALLESTEROS, *El "interés del menor" en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado* Madrid, Lex Nova, 2004.

de los bienes del niño, incluyendo el derecho de guarda en esta segunda categoría²⁸. Se trata de una guarda administrativa ya que son las autoridades públicas las que la autorizan, pero, como señalaré más adelante, es temporal y no ha sido regulada como tal en nuestro Derecho estatal de protección de menores.

10. Para determinar la competencia judicial y administrativa internacional en estos casos, debe tenerse presente que junto al CH96 la cuestión está también regulada por las normas del Reglamento Bruselas II bis 2201/2003²⁹, y por el artículo 22 quater de la LOPJ “cuyo orden de aplicación debe especificarse con precisión de cirujano cardiovascular, lo que no resulta sencillo”³⁰.

Ab initio, dado que la aplicación del Bruselas II bis está condicionada a que el menor tenga la residencia habitual en un Estado UE y estos niños, cuando llegan a España, vienen para estancias temporales teniendo su residencia habitual en su país de origen, ninguno de los cuales es un país UE, el Reglamento no sería de aplicación en este primer momento. La normativa aplicable en estos casos, será la del CH96³¹, si bien debe advertirse que algunas de las normas de competencia judicial y administrativas son *inter partes*³², y solo algunos de los Estados de los que proceden los menores que llegan a España por esta vía son Parte en el CH96³³.

No obstante, como ya se ha visto en alguno de los casos citados, no son infrecuentes los supuestos en los que los menores acaban teniendo en España su residencia habitual. A partir del momento en que pueda calificarse como “habitual” la residencia en España, la norma que determina la competencia judicial internacional pasará a ser la del Bruselas II bis.

Por tanto la calificación del concepto *residencia habitual* será el elemento clave. No es posible analizar pormenorizadamente en este trabajo un concepto multidimensional como éste y que ha tenido diversas interpretaciones en función de la materia regulada incluso en aplicación de los diversos Reglamentos UE que lo adoptan como foro o como criterio de conexión³⁴. Como recuerda Alegría Borrás, citando una sentencia del TJUE en la que la residencia habitual de los menores era de calificación problemática por el carácter errante de la familia³⁵, la residencia habitual es el lugar en el que el menor tiene una cierta integración social y familiar. “A estos efectos debe considerarse en particular la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene

²⁸ En su art. 3 b señala, dentro de su ámbito material de aplicación, “el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño”. Sobre el diverso concepto de responsabilidad parental en ambos instrumentos puede verse A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, Vol II, Granada, Comares, 2016, p. 489-90 y 503-4. Es claro que la guarda temporal en los casos que estamos analizando está incluida en el concepto. Así en el *Informe Lagarde* se señala que “La persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo” puede ser un tutor o una persona en que se ha delegado la responsabilidad parental, como lo prevén los apartados precedentes, pero también un tutor ad hoc designado para representar al niño en un proceso en caso de conflicto de intereses con el representante legal, o incluso un establecimiento escolar o un responsable de colonias de vacaciones llamado a tomar decisiones médicas en ausencia del representante legal, etc”. (Informe explicativo parágr. 22).

²⁹ Reglamento Bruselas II bis (Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento núm.1347/2000).

³⁰ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, cit. p. 485. Sigo los acertados planteamientos de estos autores en este punto. El análisis sobre el ámbito de aplicación de cada una de estas normas es también abordado en profundidad por GARAU SOBRINO, F. “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño” *CDT* vol 3, nº 1, 2011, p. 282-9.

³¹ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ (id) distinguen los casos en los que el menor es mayor de 18 años pero menor según su ley nacional, en cuyo caso no sería aplicable el CH96, y la competencia se determinaría según la LOPJ. No es relevante esta distinción en ninguno de los casos analizados dado que se trata de menores de 18 años en todos los supuestos.

³² Arts. 5.2, 8, 9,13.

³³ Rusia, Georgia y Marruecos.

³⁴ Pueden verse al respecto: L. A. PÉREZ MARTÍN “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales” en M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS (Dir.) *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 915-52, (en prensa).

³⁵ STCE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, “A”.

en el referido Estado”³⁶. Como señalan Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, se trata de un concepto autónomo que debe precisarse en cada caso concreto atendiendo al interés superior del menor y al criterio de proximidad³⁷.

11. El CH96 señala como autoridades administrativas y judiciales inicialmente competentes las de la residencia habitual del niño³⁸. No obstante, establece también la competencia de las autoridades de la nueva residencia habitual en caso de cambio (art. 5), y excepcionalmente las de las autoridades donde se encuentre el niño (art. 12). Esta misma solución es la prevista en el Bruselas II bis, para los casos en los que es aplicable esta norma: la competencia general es la de las autoridades de la residencia habitual del menor (art. 8 con las previsiones del art. 9 en caso de cambio de residencia) y las del país en cuyo territorio esté “presente” el menor (art. 13). Por tanto, y de acuerdo a estas normas, y en este primer momento, las autoridades de protección a la infancia españolas no son competentes para tomar ninguna medida de protección, salvo decisiones de carácter urgente³⁹.

12. Una vez determinada la competencia judicial y administrativa internacional, procedería determinar el Derecho aplicable en estos casos.

La norma aplicable es el CH96 al que ahora remite el art. 9.6 del CC⁴⁰, al ser estas normas “*erga omnes*”⁴¹. En él se señala que las autoridades competentes aplicarán su ley interna si bien podrán “tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho” (art. 15). Es precisamente este marco normativo el de gran parte de estos casos: las autoridades competentes de la residencia habitual del niño, han delegado su guarda temporal por motivos de salud, de estudios o de vacaciones, en una familia o entidad española. Sin embargo, si durante la estancia en España hay que adoptar una decisión respecto del niño, y en particular si es con carácter urgente o si la estancia se alarga y la residencia habitual del niño pasa a ser España, y por tanto es conveniente adoptar una medida de protección más estable como es un acogimiento familiar, en ese caso serán ya las autoridades españolas las competentes para adoptar las medidas de protección necesarias. Estas autoridades aplicarán el Derecho español con la excepción facultativa prevista en el art. 15.

Desde la perspectiva del Derecho español de protección de menores, son dos las cuestiones a analizar: la guarda temporal bajo la que se coloca a estos menores al llegar a España y la excepcional transformación de la misma en acogimiento familiar o incluso en adopción.

1. La guarda temporal

13. Las personas o instituciones que acogen a estos niños en España son guardadores y no tutores de los mismos: a pesar de que en ocasiones se utiliza la terminología de “acogimiento temporal”, no se trata de un acogimiento familiar *stricto sensu*⁴².

³⁶ A. BORRAS “La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989” en F. ALDECOA, J. FORNER (Dir.) E. GONZÁLEZ y N. GONZÁLEZ (Coords.) *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*. Marcial Pons, Madrid 2010 p. 36.

³⁷ op. cit. pp 492-3. Estos autores hacen un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TJUE sobre este concepto. Entre otras cosas señalan que, si bien tiene relevancia la duración de la residencia en un Estado, ésta no puede fijarse de forma concreta.

³⁸ Pero en estos casos se considera que el niño sigue teniendo su residencia habitual en su país de origen. Como señala el *Informe Lagarde* refiriéndose expresamente a los casos de vacaciones o estudios en el parágr. 40 “Fue igualmente admitido que la ausencia temporal del niño del lugar de su residencia habitual por razón de vacaciones, de permanencia escolar o de ejercicio del derecho de visita, por ejemplo, no modificaba en principio la residencia habitual del niño”.

³⁹ Como señala el *Informe Lagarde* en relación al foro de urgencia (parágr. 68) “se ejercerá, por ejemplo, esta competencia concurrente si es preciso asegurar la representación de un niño alejado de su residencia habitual y que debe sufrir una intervención quirúrgica urgente”.

⁴⁰ *La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo.*

⁴¹ La sección sobre ley aplicable es *erga omnes* como señala el artículo 20.

⁴² El Defensor del Pueblo de Navarra en su Sugerencia del 18 de junio de 2012, 12/199/B dirigida al Departamento de Política Social, Igualdad, Deporte y Juventud para que analice implante o promueva una prestación económica dirigida a

Hay supuestos, sin embargo, en los que la situación se alarga y se propone posteriormente, bien tras la asunción de la tutela administrativa por parte de la Entidad Pública o bien sobre la base de una cesión voluntaria de guarda, constituir un acogimiento simple (temporal en la nueva terminología), permanente o incluso un acogimiento permanente con tutela⁴³.

Sin embargo, para que pueda producirse este cambio de residencia habitual de su país a España, y para que la medida de protección del niño pueda plantearse, debe existir bien un consentimiento inequívoco de los responsables parentales o bien una consideración por parte de la Entidad Pública de que se ha producido un desamparo con la consiguiente asunción de la tutela administrativa.

14. Esto es precisamente lo que sucedió en el caso *Saleck Bardi contra España* que llegó en 2011 hasta el TEDH. El Tribunal de Estrasburgo consideró vulnerando el derecho a la vida familiar de la madre saharahuí⁴⁴, pero de la lectura de la sentencia puede inferirse que supuestos similares podrían ser tipificados como de sustracción internacional de menores ya que se puede producir en ellos una infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona institución u organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado y retención, derecho ejercido de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención. Sin embargo, los mecanismos para poner en marcha la restitución inmediata prevista en el Convenio de La Haya⁴⁵ dependen de que el Estado del que procede el menor sea signatario del mismo, y aunque algunos países lo son (Rusia, Georgia, Marruecos...) no es el caso de todos. En otros supuestos habrá que acudir a los mecanismos de cooperación bilateral y en último término a la normativa española en la materia dada la inaplicabilidad a estos supuestos del Bruselas II bis.

15. En todo caso, y descartando los casos de sustracción internacional de menores, sería conveniente que la normativa estatal de protección de menores recogiera esta figura de protección, como “guarda temporal”. La familia o autoridades extranjeras que ostentan la responsabilidad parental de estos menores han cedido voluntaria y temporalmente la guarda a las entidades o familias españolas que la asumen mien-

apoyar a las familias que participen en los programas de desplazamiento de menores extranjeros con fines de escolarización, señala: *En estos casos, no existe una situación que, de acuerdo con la legislación civil y de protección de menores, tenga la calificación jurídica de acogimiento familiar. No obstante, sí cabe convenir que, en lo que se refiere a deberes, obligaciones y responsabilidades de las familias a que corresponde la acogida mientras esta se dé, existe, si no identidad, al menos similitud.*

⁴³ Es el caso del Auto de la AP de Zaragoza de 10 de febrero de 2006 ya citado. El menor procedente de Tinduf llegó a España con dos años para ser operado. Tras vivir hasta los 16 años con la familia de acogida, la entidad pública aragonesa plantea su acogimiento familiar permanente proponiendo además que el matrimonio acogedor asuma las facultades del tutor recogidas en el artículo 268. El padre del menor que vivía ya en España (en Cádiz) y tenía visitas con su hijo durante las vacaciones escolares, se opone a la constitución de dicho acogimiento y, aunque el menor es oído en el procedimiento y manifiesta su firme deseo de continuar viviendo con la familia de acogida, la Audiencia deniega la constitución del acogimiento familiar permanente.

⁴⁴ Caso *Saleck Bardi contra España* (Sentencia de 24 mayo 2011- JUR 2011\174772). En este caso una madre saharauí se quejaba de haber sido privada de la tutela de su hija Saltana sin haber podido intervenir en el procedimiento, alegando una vulneración de su derecho a un proceso equitativo y al respeto a su vida familiar garantizados por los artículos 6 y 8 del Convenio. El tribunal condenó a España por unanimidad. Saltana llegó a España con 10 años en el verano de 2002 para una estancia de vacaciones. No vivía con su madre en Mauritania desde los 6 años, sino que estaba al cargo de otra persona en los campamentos de Tinduf en Argelia desde donde partió para España. Habida cuenta de la afección hepática que sufría, se solicitó un alargamiento de la estancia en España por motivos médicos. En marzo de 2004 la madre solicitó el regreso de su hija, solicitud apoyada por la Entidad pública de protección de Murcia y por la Asociación que trajo a la niña. Ante la negativa a entregarla por parte de la familia española, se iniciaron una serie de procesos judiciales, que llegaron incluso al Tribunal constitucional español. La sentencia de Estrasburgo se dicta cuando Saltana tiene ya 19 años, y en ella se reconoce que el paso del tiempo ha tenido como efecto su integración familiar y social en España. La propia madre no reclama el retorno pero si una indemnización por daños morales. Comentarios doctrinales a la misma son los siguientes: O. BOUAZZA ARIÑO “Comentarios de jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”. *Revista de Administración Pública* núm. 185, Madrid, mayo-agosto (2011), pp. 271-286; J.R. LIEBANA ORTIZ “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR* 13 diciembre 2015, pp. 83-109; Díez GARCÍA, H. “La intervención de la entidad pública en el régimen de las relaciones del menor desamparado con su núcleo afectivo de origen (análisis del artículo 161 del Código Civil tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, desde la perspectiva constitucional)”. *Derecho Privado y Constitución* 2016, 30, 11-74; L. ALLUEVA AZNAR “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia *InDret* 4/2011, pp. 2-25.

⁴⁵ Vid al respecto el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. (BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

tras estos menores se encuentran en nuestro país pero, a diferencia de las guardas provisional y voluntaria, la guarda “temporal” no es asumida por la Entidad Pública⁴⁶. Además para estos guardadores no existe un procedimiento de evaluación personal similar a la “idoneidad” en la adopción (art. 176.2 CC) o a la “valoración” en el acogimiento familiar (art. 20 LOPJM), salvo algunas excepciones⁴⁷. Únicamente se exige que las familias presenten una serie de certificados de empadronamiento, salud y de antecedentes penales⁴⁸ y que firmen un compromiso/declaración jurada de que el desplazamiento no tiene por objeto la adopción y de favorecer el retorno al país de origen del niño, compromiso que ha dado lugar a alguna queja⁴⁹.

Estas dos características serán relevantes en los casos en los que esta “guarda temporal” pretenda transformarse excepcionalmente en un acogimiento familiar, con todas las cautelas antes señaladas para impedir una sustracción internacional. Parece oportuno que, en estos supuestos, sea la Entidad pública la que asuma la guarda voluntaria aunque el menor pueda ser colocado en una familia acogedora que deberá haber sido objeto de la valoración correspondiente⁵⁰.

2. La adopción

16. Las normas reguladoras de las estancias temporales establecen diversas previsiones para que esta vía no se utilice *ab initio* como alternativa a la adopción internacional⁵¹. A pesar de ello, a lo largo

⁴⁶ La *guarda provisional* introducida en 2015 responde, sobre todo, a los desafíos que para el sistema de protección de menores plantean los menores extranjeros, en particular los no acompañados y se trata de una figura de protección que se adopta en tanto en cuanto se determina la edad y la identidad del presunto menor (art. 14 de la LOPJM y 172.4 del CC). La *guarda voluntaria* regulada en los artículos 19 de la LOPJM y 172 bis del CC se caracteriza por tres circunstancias: los progenitores o tutores no pueden cuidar del menor por circunstancias graves y transitorias, la Entidad pública asume la guarda que estos le ceden voluntariamente, y tiene una duración máxima de 2 años.

⁴⁷ En el art. 11 del Decreto balear se exige un informe psicosocial de los servicios sociales comunitarios donde se valoren los recursos personales, materiales y sociales de la familia guardadora para el desarrollo de la estancia del menor.

⁴⁸ Se ha incluido también a partir de 2016 el certificado negativo del registro de delincuentes sexuales en aplicación de la normativa de 2015.

⁴⁹ Es especialmente relevante el caso objeto de la Resolución del Justicia de Aragón de 26 de abril de 2004 (Expte. DI-431/2003-6) (<https://www.justiciadearagon.es>). En ella se responde al escrito de queja de la Asociación *La asistencia a la infancia* en relación al Instituto Aragonés de Servicios Sociales, que exige para poder acoger por razones humanitarias y con fines vacacionales a menores extranjeros una declaración de las familias interesadas, de que “en todo caso queda excluida la posibilidad de acogimiento pre-adoptivo y/o adopción durante la estancia en España o con posterioridad del/de la menor”, así como que “en la actualidad no están tramitando, ni tramitarán en los dos próximos años, expediente de adopción para el país de origen del menor (la solicitud no será tramitada por la Autoridad Central)”. El Instituto Aragonés en el informe incorporado al expediente propone suprimir la declaración jurada de los padres ya que podría “estar en contradicción con el interés del menor, el compromiso de no adopción “con posterioridad a su estancia en España” pero manteniendo la exclusión de tramitación de la adopción con Ucrania en dos años.

⁵⁰ Se han dado diversos casos en que la estancia en España se ha extendido a muchos años. Es el caso de la Resolución del Ararteko, de 11 de marzo de 2010, por la que se concluye la reclamación presentada por una familia con relación a la solicitud de formalización de acogimiento familiar a la Diputación Foral de Vizcaya de un menor extranjero no acompañado. Se trataba de un menor saharauí que vino a España por vacaciones 2002 a una familia guardadora vizcaína. Debido a una deformidad que padecía por una tuberculosis infantil, fue operado en España en 2006. A resultas de dicha operación le quedó un elevado grado de minusvalía por paraplejía. Debido a la imposibilidad de retorno a Tinduf por las condiciones de vida de los campamentos, permaneció en Vizcaya con esta familia. La Subdelegación de Gobierno le concedió un permiso de residencia por circunstancias excepcionales en febrero de 2007 y su familia biológica firmó un documento en el que consentía que la familia española atendiera a su hijo en régimen de acogimiento familiar, acogimiento que la Entidad Pública de protección de menores denegó. El Ararteko concluye instando a la Diputación foral a constituir un acogimiento familiar.

Es también el caso resuelto por la AP de Badajoz (Sección 3a) en su Auto nº.102/2017 de 28 junio (JUR\2017\246153) en el que un matrimonio extremeño recibe en su casa durante en verano de 2000 a una menor de origen saharauí nacida en 1990. Por razón de enfermedad no regresó al Sahara, quedándose a vivir de forma permanente con esta familia española desde el citado año 2000 hasta el año 2009 en el que los “acogedores” instan la adopción de la que ya es mayor de edad.

⁵¹ Así lo recoge el Reglamento de extranjería en el art. 187.4, el Convenio con Bielorrusia en los artículos 3 y 8, y el art. 4.3 de la LAI. A. DURAN AYAGO en J. CARRASCOSA J., GONZÁLEZ, A. DURÁN AYAGO, B. CARRILLO CARILLO, *Curso de nacionalidad y de extranjería*. Colex, Madrid 2008, p. 334) considera que este precepto debería haber sido más directo “reconociendo que estas estancias temporales con fines humanitarios pueden reconocerse como acogimiento preadoptivo” en algunos casos. Desde mi punto de vista no parece adecuado que una norma prevea expresamente una forma alternativa de tramitación de la adopción internacional *ab initio*. De hecho, M. ARBELAEZ RUDAS, “Desplazamiento temporal...” op. cit. p. 243, señala que “las unidades de protección de la infancia deben cotejar los listados de familias de acogida con el Registro de solicitantes de adopción internacional, a fin de asegurar que las familias participantes no tengan expediente abierto para el país de origen del menor”.

de estos años⁵² se han producido algunos casos que han generado que determinadas administraciones aumenten las precauciones para evitar este “fraude de ley”⁵³.

No obstante, la regulación vigente no cierra la puerta a que, tras la guarda, pueda constituirse una adopción siempre que se cumplan determinadas condiciones, ya que algunos menores que llegan para estas estancias son adoptables, como reconoce el propio art. 4 del Convenio con Bielorrusia. Y es que, aunque estos programas no tienen la adopción como objetivo, es posible en algunos casos que, tras la estancia con una familia española, sobre todo si se reitera cada año y el menor es adoptable, surjan lazos afectivos que puedan desembocar en un ofrecimiento de adopción.

17. En estos supuestos, la tramitación de la adopción debería ser “internacional” dado que cuando se inicia, el menor tiene residencia habitual en el extranjero (por más que pase periodos vacacionales en España) y los adoptantes residen en España⁵⁴. Por tanto, será preciso obtener el certificado de idoneidad de los adoptantes, por parte de la Entidad Pública y de adoptabilidad del menor (por parte de las autoridades del país de origen del niño). Y tras el proceso administrativo en el que las Entidades públicas de protección de los dos países proponen una pre asignación y posteriormente una asignación, la constitución de la adopción podrá hacerse, bien ante juez extranjero, (será lo más frecuente y así se recoge en la Resolución del Justicia de Aragón de 26 de abril de 2004, en relación a los casos “ucranianos” que se han dado en esta Comunidad) o bien ante juez español. En estos casos la tramitación estará condicionada por las normas relativas a la política exterior (art. 4 LAI), las competencias de las Entidades públicas de protección de menores (art. 5 LAI) y cabe la intermediación a través de organismos acreditados (art. 6 y 7 LAI), etc.

18. La particularidad de estos supuestos, sin embargo, estriba en que existe ya una relación previa entre los adoptantes y el adoptado y que la pre asignación conjunta entre las autoridades españolas y las del país de origen del niño no es genérica sino de unos adoptantes concretos para un adoptado concreto⁵⁵, cuestión que se ha planteado también como problemática en otros países europeos⁵⁶. Preci-

Una exposición general y completa sobre esta ley es la de los autores A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 2 diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Editorial Comares, 2008. De los mismos autores “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”. *CDT* Marzo 2010, Vol. 2, Nº 1, pp. 73-139.

⁵² Ya recogía estos problemas en un trabajo anterior: S. ADROHER BIOSCA, “La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 15, 1999, p. 39.

⁵³ En la Sugerencia del Defensor del Pueblo de Navarra citada, se incluyen datos aportados por la Administración autonómica muy significativos: “Un porcentaje importante de las familias acogedoras de esta Asociación intentan adoptar al menor que tienen acogido en vacaciones. Del listado provisional presentado para el verano de 2003, con 175 menores que fueron acogidos el año pasado por 161 familias, 22 de las familias (el 13,66%) son familias solicitantes de adopción internacional que desean tramitar con Ucrania al menor que tienen acogido” y señalan: *Consideramos que la utilización de la acogida humanitaria como un paso para la adopción a la carta, desvirtúa tanto las acogidas humanitarias como la adopción internacional.*

⁵⁴ Así lo señala el art. 2 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 (CH93). En coherencia con este concepto, se ha redefinido el concepto de adopción internacional en el art. 1 de la Ley 54/2007 de adopción internacional tras la modificación operada por Ley 25/ 2015 en relación a la regulación de los aspectos administrativos de la misma regulados en el Título I. Críticas al concepto de adopción internacional en la redacción de 2007 son, entre otras: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ “El proyecto de ley sobre adopción internacional. Una crítica para sobrevivir a su explicación docente”. *Actualidad civil* nº 22, diciembre 2007, pp. 2597 y ss; S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre de los “santos inocentes”. *RCDI*, 711, 2009; pp.13- 55. Comentarios críticos a la nueva determinación del ámbito de aplicación tras la modificación de 2015 son M. HERRANZ BALLESTEROS, “El ámbito de aplicación de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción internacional tras la reforma de julio de 2015” y D. ORTIZ VIDAL “El nuevo concepto de adopción internacional después de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” ambos en M. GUZMÁN ZAPATER, C. ESPLUGUES MOTA, Dirs. *Persona y familia en el nuevo modelo de Derecho Internacional Privado*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 387-98 y pp. 399-410, respectivamente. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, Vol II, op. cit. p. 415-7, exponen con gran claridad las diferencias y las consecuencias prácticas, de conceptuar las adopciones internacionales transfronterizas o las adopciones internacionales con elemento extranjero.

⁵⁵ El propio Convenio de La Haya de 1993 en su artículo 29 establece la prohibición de contacto previo a la constitución de la adopción entre los adoptantes y los padres o guardadores del niño.

⁵⁶ L’authorité centrale communautaire a, par exemple, déjà accepté d’encadrer des dossiers où des contacts avaient eu lieu entre l’enfant et les candidats adoptants mais bien avant que le projet d’adoption ne naisse, notamment lorsqu’il s’agissait

samente en el año 2012 el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad recabó información a las Comunidades autónomas sobre estos casos. En relación a la idoneidad de los adoptantes, si bien era habitual que el nombre del menor se mencionase en los informes psicosociales previos al certificado, así como la situación de acogimiento previo, duración etc, el certificado de idoneidad era normalmente genérico (sin mencionar la identidad del menor) salvo en supuestos en los que constan informes técnicos del menor solicitados por un juez extranjero. En relación a la adoptabilidad del menor, en la mayoría de los casos se requirió a las personas que se ofrecían para la adopción que fueran ellas las que la acreditaran, aportando la documentación correspondiente del país de origen, lo cual era en la práctica muy complejo para muchas familias⁵⁷.

19. Excepcionalmente, puede haber casos en los que, si el menor acaba residiendo habitualmente en España, estableciéndose una figura de protección adecuada, normalmente un acogimiento familiar, la posterior adopción se constituya como “adopción nacional”. Naturalmente en estos supuestos, al existir un elemento relevante de extranjería, como es la nacionalidad del niño, los tribunales españoles deben plantearse su competencia judicial internacional (art. 15 de la LAI) que la tienen si la residencia habitual de adoptante o adoptado es España, y la ley aplicable que será la española (art. 18). Debe hacerse notar la particularidad que presentan los menores procedentes de Marruecos, Argelia y otros países de la zona, toda vez que el art. 19.4 de la LAI no permite constituir una adopción en España si está prohibida o no contemplada en la ley nacional del niño tal y como sucede en la legislación de gran parte de los países islámicos. En estos casos la adopción no podrá constituirse salvo que nos encontremos en dos supuestos: que el niño haya adquirido la nacionalidad española o que se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública⁵⁸. No obstante, esta adopción podrá constituirse al llegar a la mayoría de edad.

20. Y es que precisamente, los casos que han llegado en apelación a Audiencias provinciales son de adopciones de mayores de edad, no siendo ya en este momento necesaria ni la idoneidad de los adoptantes ni la adoptabilidad del adoptado. Sin embargo, el CC exige en estos supuestos, que califica como excepcionales, que haya habido un acogimiento o una convivencia estable de un año⁵⁹. Cuando esta convivencia ha quedado acreditada se procede a la adopción⁶⁰. Sin embargo, dado que en los supuestos de estancias temporales, como he analizado, la convivencia suele ser por periodos vacacionales, como mucho de tres meses al año, se plantea el problema de que dicha convivencia no ha sido ininterrumpida. Dos recientes sentencias hacen una interpretación restrictiva y, a pesar de que estos periodos vacacionales “acumulados” sobrepasaban el año, se deniega la adopción al no tratarse de una convivencia ininterrumpida⁶¹. Debe advertirse, no obstante, que por Ley 26/2015 se modificó este precepto. Antes se exigía

d'adoptions d'enfants venus en Belgique dans le cadre d'accueil de vacances (Tchernobyl) (“L'adoption internationale: le bilan 7 ans après la réforme”. *Dossier thématique l'Adde*, septiembre 2010)

⁵⁷ En el informe del Justicia de Aragón, el instituto aragonés señala cómo obtienen algunas familias esta adoptabilidad: *Contactos previos a través de “facilitadores” con la familia, el Director del orfanato, etc., si el menor no es adoptable, para conseguir o informarse de su inscripción en el Registro de menores adoptables.*

⁵⁸ Puede verse al respecto s. ADROHER BIOSCA “La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria?”. *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. 45, mayo-agosto de 2017, pp. 203-220. También M. J. SÁNCHEZ CANO “Adopción en España de menores en situación de kafala y ley nacional del adoptando” *CDT*, Vol. 10, No 2 (2018). pp. 931-946.

⁵⁹ *Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.*

⁶⁰ *Si bien Felicísima llegó a España inicialmente para pasar el verano con una familia extremeña de acogida, lo cierto es que se quedó (...) de forma permanente: llegó a España con 10 años y ha convivido con los hoy recurrentes (...) nueve años. No es que exista una convivencia estable, es más que eso: nos encontramos ante una larga, muy larga convivencia estable. Y se cumplen a la par los requisitos de las dos regulaciones que ha tenido en el tiempo el mencionado artículo 175.2 del Código Civil: Felicísima ha convivido con los adoptantes antes de cumplir 14 años y, por supuesto, ha convivido con ellos antes de alcanzar su mayoría de edad. Pero ha convivido con ellos no un año sino nada menos que ocho. Incluso ha seguido conviviendo después de los dieciocho años. En fin, la adopción es conforme a derecho. Nos da igual el régimen de acogimiento con que Felicísima iniciara su convivencia con don Aquilino y doña Celestina. El Código Civil equipara al acogimiento cualquier situación fáctica similar. Habla sin más de convivencia, basta por ello una mera guarda de hecho.* Auto de la AP de Badajoz (Sección 3a) núm.102/2017 de 28 junio (JUR\2017\246153).

⁶¹ Es el caso del Auto de la AP de Córdoba de 23 de febrero de 2018 (núm. 81/2018, JUR\2018\120739). Se trataba de

que “hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”. La nueva redacción presenta dos importantes modificaciones. No se exige ya el carácter ininterrumpido y además se suprime el límite de que la convivencia fuera anterior a que el adoptado hubiera cumplido los 14 años. No parece consistente la interpretación judicial restrictiva citada, con la nueva redacción del texto legal.

V. Consideraciones finales

21. A lo largo del trabajo he analizado brevemente el régimen jurídico de los menores desplazados temporalmente a España partiendo de los datos sobre el número y la procedencia de los que llegan anualmente. Tras el tratamiento de las cuestiones relativas al Derecho de extranjería, he estudiado los diversos aspectos que conciernen a la protección de estos menores desde la perspectiva del Derecho internacional privado y también del Derecho estatal.

Se manifiesta como evidente la necesidad de elaborar un protocolo estatal que establezca el procedimiento y los elementos de valoración de las familias que se ofrecen a recibir en sus hogares a estos menores, y también del seguimiento de las mismas, especialmente para evitar los casos de sustracción internacional de menores o de vulneración del derecho a la vida familiar, como se puso de relieve en la sentencia del TEDH.

Pero además sería importante para completar el régimen legal, incluir la figura de la guarda temporal en la legislación de protección de menores española que establezca el estatuto jurídico civil de las familias guardadoras y su posible y excepcional conversión en familias acogedoras.

un menor ucraniano que había pasado periodos vacacionales con una familia española (vacaciones estivales de los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2001, así como durante las navidades 2007 a 2008). La Audiencia señala al respecto: *es de remarcar que la exigencia o premisa legal exige que las situaciones de acogimiento o de convivencia no hayan sido interrumpidas pues la noción y significado de "ininterrumpido" va implícito en el sentido de una expresión que (amén de ubicarse en un marco de excepcionalidad) incluye los citados adverbio y adjetivo ("inmediatamente" y "estable")*. Es también el caso del Auto de la AP de Zaragoza de 12 de junio de 2018 (Roj: AAP Z 1596/2018 - ECLI: ES: APZ:2018:1596⁶). Los recurrentes alegan que desde el verano de 2000 al de 2013 han convivido con Tania los tres meses de verano, y otros tres en invierno durante 2014 y 2015, y desde agosto de 2016 hasta la fecha de interposición de la demanda -24 enero 2018-; que le han pagado sus estudios en Bielorrusia, donde ha cursado una carrera equivalente a Empresariales, le han tenido en su seguro médico particular y ha sido una hija más para ellos y una hermana para Otilia y Cosme, de 6 y 1 años de edad cuando iniciaron el contacto y hoy de 25 y 20 años. Pero dicen que desde el año 2000 a 2009, cuando Tania cumplió los 18 años, esta vivió con su familia de acogida, ininterrumpidamente, los tres meses de verano durante 9 años, esto es, 27 meses, periodo evidentemente superior al año exigido por el art. 75.2 CC, que no dice que este tiempo deba ser ininterrumpido. Sin embargo el tribunal concluye que lo que hay que entender es que la premisa legal del art 175.2 CC exige que las situaciones de acogimiento o de convivencia no hayan sido interrumpidas, pues la noción y significado de "ininterrumpido" van implícitos en el sentido de una expresión que, además de ubicarse en un marco de excepcionalidad, incluye los citados adverbio y adjetivo ("inmediatamente" y "estable").

MENORES EN LA UNIÓN EUROPEA. CONTEXTUALIZACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS DIFICULTADES LEGALES EN LA SOLICITUD DE ASILO

MINORS IN THE EUROPEAN UNION. CONTEXTUALISATION AND ANALYSIS OF LEGAL DIFFICULTIES IN ASYLUM APPLICATIONS

ARMANDO ALVARES GARCÍA JÚNIOR

*Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

*Ex Decano de la Facultad de Derecho
Universidade Bandeirantes de São Paulo, Brasil*

Recibido: 18.12.2018 / Aceptado: 24.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4614>

Resumen: Con la actual crisis migratoria y de los refugiados, juristas, politólogos y autoridades competentes de la Unión Europea se enfrentan cada vez más con la cuestión de la llegada de menores necesitados de protección internacional. Esta investigación se enfoca en las diversas e interconectadas dificultades prácticas surgidas en el curso del proceso concerniente al otorgamiento de esa protección: «invisibilidad» del menor, derecho a ser escuchado, preservación de la unidad familiar, deber internacional de no devolución, evaluación del riesgo individual en función del «temor fundado» y del riesgo objetivo.

Palabras clave: asilo, menores, solicitud de protección internacional.

Abstract: With the current migration and refugee crisis, jurists, political scientists and competent authorities in the European Union are increasingly faced with the issue of the arrival of minors in need of international protection. This research focuses on the diverse and interconnected practical difficulties encountered in the course of the process concerning the granting of such protection: «invisibility» of the minor, right to be heard, preservation of the family unit, international duty of non-refoulement, individual risk assessment in terms of «well-founded fear» and objective risk.

Keywords: asylum, minors, application for international protection.

Sumario: I. Análisis jurídico de la protección internacional. 1. Aspectos históricos y principales instrumentos jurídicos en la Unión Europea. 2. Análisis de las solicitudes cursadas en que se involucran menores de edad. 3. El problema de la «invisibilidad» del menor refugiado. II. Menores no acompañados (o separados) y menores acompañados. 1. Problemas relativos a las solicitudes de los menores (no acompañados y acompañados). 2. La evaluación individual por parte del Estado y el deber de no devolución. 3. El derecho del menor a ser escuchado por las autoridades competentes del Estado. 4. El menor ante los procesos judiciales y administrativos. A. Menores no acompañados o separados. B. Menores acompañados. 5. Evaluación del riesgo en función de la edad y del «temor fundado». 6. Evaluación del riesgo objetivo. III. Conclusiones.

I. Análisis Jurídico de la protección internacional

1. Aspectos históricos y principales instrumentos jurídicos en la Unión Europea

1. La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (enmendada por el Protocolo de Nueva York de 1967) constituye, hace casi 70 años, el marco legal fundamental aplicable a los refugiados. Este instrumento no solamente ha definido su figura, sino que también ha establecido un enfoque común para los refugiados que ha servido de base, desde 1999, para el desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) dentro de la Unión Europea. El desarrollo del sistema de asilo en Europa avanza gradualmente desde entonces. Por ejemplo, en noviembre de 2004, los jefes de Estado y de gobierno europeos presentaron el denominado «Programa de La Haya» con la concepción de un Sistema Europeo Común de Asilo cuyo particular desafío era lo de establecer procedimientos comunes y un estatus uniforme para las personas beneficiadas con la protección internacional (tanto asilo como protección subsidiaria) en el ámbito de la Unión Europea. Considerando la creación e inicio de funcionamiento del Fondo Europeo para los Refugiados, la aplicación de la Directiva 2003/86/CE (Directiva de Reagrupación Familiar)¹ y las respuestas obtenidas en función de los planteamientos formulados en el Libro Verde de 2007 de la Comisión de las Comunidades Europeas «sobre el futuro sistema europeo común de asilo», la Comisión Europea presentó, en junio de 2008, su Plan de Políticas de Asilo (COM (2008) 360 final)² en que se estableció un conjunto de tres pilares que funcionarían como línea de desarrollo del SECA: 1) lograr una mayor armonización de las normas de protección al alinear aún más la legislación de asilo de los Estados miembros de la Unión Europea; 2) lograr una cooperación práctica, eficaz y bien apoyada; 3) lograr una mayor solidaridad y sentido de responsabilidad entre los Estados miembros de la Unión Europea y entre la Unión Europea y terceros países. También en 2008 se estableció la Red Europea de Migración (Decisión 2008/381/CE del Consejo), cuyo objetivo era proporcionar información actualizada, objetiva, fiable y comparable sobre la migración y el asilo a las instituciones europeas, a los países de la Unión Europea y al público en general³.

2. En 2009 la Comisión Europea propuso establecer una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (creada en el 2010 y en pleno funcionamiento desde junio de 2011 y que pasó a trabajar en conjunto con la Comisión Europea y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) cuya función primordial era apoyar técnica y operativamente a los Estados miembros en sus esfuerzos por implementar una política de asilo más coherente y justa (particularmente en aquellos países que reciben un elevado número de solicitudes de asilo). El paso siguiente, en mayo de 2010, ha sido la presentación por la Comisión Europea de un Plan de Acciones para los Menores no Acompañados (COM (2010) 213 final) cuyo objetivo era establecer un enfoque coordinado hacia el otorgamiento de altos estándares relativos a la recepción, protección e integración de esas personas. Con todo eso se desarrollaron varias directivas en la Unión Europea, siendo los principales instrumentos legales sobre asilo: 1) la Directiva 2011/95/UE⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida); 2) la Directiva 2013/32/UE⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (sobre procedimientos comunes para

¹ Directiva nº 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOUE L 251 de 03 octubre 2003, p. 12. Esta directiva no se aplica a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea ni a los nacionales de fuera de la Unión Europea que solicitan el estatuto de refugiado y cuya solicitud no ha sido objeto de una decisión definitiva, o que se beneficien de forma temporal de protección.

² European Commission. Migration and Home Affairs. Common European Asylum System, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en

³ Decisión del Consejo nº 2008/381/CE, de 14 de mayo de 2008, por la que se crea una Red Europea de Migración, DOUE L 131, de 21 mayo 2008, p. 7. La Red Europea de Migración ha producido un estudio exhaustivo sobre políticas de recepción y acuerdos de retorno e integración para menores no acompañados.

⁴ DOUE L 337 de 20 diciembre 2011, p. 9.

⁵ DOUE L 180 de 26 junio 2013, p. 60.

la concesión o la retirada de la protección internacional); 3) la Directiva 2013/33/UE⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional) y 4) el Reglamento (UE) 604/2013⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (por el que establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida).

3. La Directiva revisada sobre procedimientos de asilo (Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y que derogó a la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos de concesión o retirada de la condición de refugiado en la Unión Europea) tenía como objetivo lograr, en el conjunto de la Unión Europea, decisiones más rápidas, justas y de mejor calidad jurídica, otorgando una mayor protección tanto a los solicitantes de asilo con necesidades especiales como a los menores no acompañados (MENA) y las víctimas de tortura. La detención de los solicitantes, en ese marco, solo se aplicaría como medida de último recurso. Paralelamente, el Reglamento de Dublín III⁸, aplicable desde el 1 de enero de 2014 en toda la Unión Europea, tiene como finalidad mejorar la protección de los solicitantes de asilo durante el proceso de establecimiento del Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo, y cuenta, además, con el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 («Reglamento EURODAC») por el que se ha creado un sistema (EURODAC) para la comparación de las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo (lo que permitiría a las autoridades policiales acceder a la base de datos de la Unión Europea de huellas dactilares de esos solicitantes para prevenir, detectar o investigar algunos delitos especialmente graves, como el asesinato y el terrorismo)⁹.

4. Más recientemente, en abril de 2016, la Comisión Europea adoptó la Comunicación (COM (2016) 197 final) iniciando el proceso para reformar el SECA con los siguientes propósitos: 1) garantizar la sostenibilidad en el procedimiento de asignación de solicitantes de asilo entre los Estados miembros; 2) conseguir una mayor armonización de los procedimientos y normas de asilo para crear igualdad de condiciones en toda la Unión Europea y reducir así los factores de atracción que inducen movimientos secundarios irregulares y 3) fortalecer el mandato de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo. En mayo de ese mismo año, la Comisión Europea presentó un primer paquete de reformas que incorporaban propuestas para el Reglamento Dublín, el sistema EURODAC y el establecimiento de una Agencia Europea para el Asilo (COM (2016) 271 final), sucedánea robustecida de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo para ayudar a los Estados miembros en situaciones de crisis y para supervisar la aplicación de la legislación de la Unión Europea por las distintas autoridades nacionales. En julio de 2016, la Comisión Europea presentó un segundo conjunto de iniciativas relacionadas con la reforma del SECA (COM (2016) 468 final) que incorporaban propuestas para el establecimiento de un marco de reasentamiento de refugiados para la Unión Europea, un procedimiento común para el otorgamiento de protección internacional (COM (2016) 467 final) y la refundición de la legislación sobre las normas de acogida de solicitantes de protección internacional (COM (2016) 465 final)¹⁰.

5. Todos esos instrumentos y programas señalados consagran el asilo como un derecho fundamental, por un lado, y el otorgamiento de protección por la autoridad competente como una obligación internacional, por otro. En un espacio como el de la Unión Europea, cuyas fronteras están abiertas, en que se consagra la libertad de movimiento y los países comparten los mismos valores fundamentales, es relevante que los Estados tengan tanto una responsabilidad compartida para con los solicitantes de asilo como un enfoque conjunto para garantizar estándares de protección uniformes, justos y elevados hacia

⁶ DOUE L 180 de 29 junio 2013, p. 96.

⁷ DOUE L 180 de 26 junio 2013, p. 31. También conocido por «Reglamento de Dublín III».

⁸ Ha derogado el «Reglamento Dublin II» (Reglamento n° 343/2004, del Consejo de la Unión Europea).

⁹ DOUE L 180, de 29 junio 2013, p. 1.

¹⁰ Parlamento Europeo. Noticias. Recuperado de <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/201711117STO88354/la-oficina-europea-de-asilo-presenta-su-informe-anual-en-el-parlamento>

ellos de modo que, cualquier que sea el Estado miembro dónde postule un solicitante una protección internacional, el resultado sea similar. Al mismo tiempo, los procedimientos para el otorgamiento de protección internacional deben ser justos y eficaces en todos los Estados miembros (evitando situaciones de abuso hacia los solicitantes de asilo que, naturalmente, ya presentan una condición de vulnerabilidad).

2. Análisis de las solicitudes cursadas en que se involucran menores de edad

6. El marco legal internacional para los refugiados presenta importantes omisiones que fueron, de cierta forma, suplidas discrecionalmente (y de forma muy distinta) por cada Estado en lo que concierne al diseño y a la implementación de sus procedimientos nacionales para la concesión de la protección y determinación del estatus correspondiente. En este campo, los Estados lograron cierto nivel de control, pero, desde luego, sus medidas distan mucho de ser uniformes. Lamentablemente, el tema de la evaluación de solicitudes cursadas por menores de edad en situación de riesgo y vulnerabilidad (integren o no una unidad familiar, estén o no separados o estén simplemente desacompañados, algo cada vez más habitual en los flujos migratorios que llegan hasta Europa), presentan una deficiencia crónica en relación al régimen internacional para los refugiados porque tanto la Convención de Refugiados de 1951 como el Acta de Refugiados de 1980¹¹, son instrumentos limitados en ciertas cuestiones relevantes como, por ejemplo, la vinculación del estado del menor al de su familia. En otras palabras, si el estado de un menor debe evaluarse de forma independiente (o no) al de su familia o si simplemente debiera derivarse de la determinación exitosa o no exitosa de la solicitud de su padre, madre o tutor.

7. Para añadir mayor dificultad, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Niño no aborda expresamente la definición de «padre» (por la dificultad de establecer una noción de la «familia» aceptable en todo el mundo)¹². En este sentido, se puede observar que ni siempre coinciden los padres biológicos con los padres sociales (*birth parents, biological parents and social parents*)¹³. Al no proporcionar la Convención ninguna dirección sobre las circunstancias en las que el menor (o sus padres) pueden ser considerados «elegibles» (lo que permitiría conferir eventualmente una mayor protección al menor y evitar la división de la unidad familiar), los Estados siguen caminos más o menos distintos, solamente limitados por el marco internacional más amplio de los derechos humanos y por cierta contención de la discreción procesal señalada, en este campo concreto, por la Convención de los Derechos del Niño¹⁴ en lo que se refiere a la garantía de procedimiento.

8. Lo que se observa, en la práctica, es que los menores, de modo general, se han vuelto de cierta forma «invisibles» en el ámbito de los procedimientos nacionales para la concesión de protección internacional y determinación del estatuto de refugiado. Hay escenarios, incluso, en los que no se permite al menor presentar una solicitud de protección desacompañado de sus padres o tutores, lo que naturalmente frenaría la posibilidad de lograr el estatus de refugiado. Tampoco es infrecuente que las autoridades nacionales ignoren la solicitud de protección del menor cuando esté acompañado de un miembro de la familia, aunque en la práctica esa persona cometa abusos sistemáticos al menor. En muchos lugares se ha generalizado en la práctica la idea de que el menor (y su solicitud) es parte *inseparable* de su familia y de la solicitud de protección internacional cursada por su familia¹⁵ (aunque existan eventuales eviden-

¹¹ El Acta de Refugiados de 1980 define a los refugiados como personas fuera de su país de nacionalidad, que están incapacitadas para regresar por persecución, o por miedo fundado de persecución, a causa de su raza, religión, nacionalidad, membresía de algún grupo en particular u opinión política.

¹² J. M. POBJOY, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 78.

¹³ J. TOBIN, “Parents and Children’s Rights under the Convention on the Rights of the Child: Finding Reconciliation in a Misunderstood Relationship”, *Australian Journal of Professional and Applied Ethics*, n° 7 (issue n° 2), junio 2005, pp. 31-34.

¹⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49).

¹⁵ España. Ministerio del Interior. Dirección General de Política Interior. Defensor del Pueblo. Fecha 29 de mayo 2017. Queja n° 16006334. Resumen: «Menor de nacionalidad siria que estaba temporalmente en casa de unos amigos de sus padres y que debido a razones de seguridad personal decide pedir asilo en España, pero no le dan acceso al procedimiento al tratarse de un menor extranjero acompañado. La entidad de protección no le tutela y no tiene representante legal en España. El interesado

cias de daños generados en el propio entorno familiar). Ocasionalmente el menor (especialmente aquel no acompañado: MENA) se encuentra con una barrera conceptual de que carece de la capacidad jurídica necesaria para reclamar el estatus de refugiado de manera independiente.

9. La evaluación estatal de la elegibilidad del menor para la concesión del estatus de refugiado sigue siendo muy problemática en la actualidad, no solamente por el tema de los eventuales maltratos en su entorno familiar más cercano, como también por la implicación que eso podría tener en un proceso de devolución del menor al país de origen, muchas veces en guerra o con problemas concretos de gran envergadura, no necesariamente generales (caso de la persecución política). Así las cosas, la remoción de la posibilidad de un menor lograr el estatus de refugiado (al impedirle que presente una solicitud independiente o, en lo mejor de los casos, sin una escrupulosa revisión de su solicitud de forma independiente a la solicitud de los demás miembros de su familia), podría ocasionalmente configurar tanto una violación del deber estatal de no devolución (*non refoulement*), bajo el amparo del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, como de los arts. 9 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, de 1989. El art. 9 de esta última Convención determina el deber estatal de no separar el menor de sus padres (salvo que las circunstancias lo recomienden, y siempre a favor del interés del menor)¹⁶, al paso que el art. 12 señala, como requisito de procedimiento, la posibilidad de que el menor exprese sus puntos de vista libremente en asuntos que le afecte (y también de ser escuchado en procedimientos judiciales y administrativos)¹⁷.

10. Es habitual, no obstante, que los Estados otorguen alguna forma de protección al menor cuando sus padres son reputados «elegibles» para efectos de concesión del estatus de refugiado. En sentido contrario, casi todos los Estados deniegan al menor eventualmente calificado como refugiado el derecho de extender esa protección legal a sus propios padres. Eso ocurre porque para esos países el estado migratorio del menor debe derivarse de sus padres y no al revés¹⁸. Este hecho es conocido de muchas familias, que son muchas veces renuentes en aceptar un reclamo por separado del menor, aunque exista la posibilidad jurídica de hacerlo (lo normal es que el menor siga el destino de su familia, siendo, de cierto modo, «invisible» en el proceso)¹⁹.

3. El problema de la «invisibilidad» del menor refugiado

11. La renuencia de los Estados a tratar a los menores como refugiados por derecho propio es algo antiguo. La base de esa distorsión es la postura más o menos inflexible por parte de los Estados de no considerar el menor como un «sujeto apropiado» (que no es lo mismo que legitimado) para cursar una solicitud de asilo²⁰. La visión estatal que está por detrás de toda esa problemática puede ser plasmada en

tardó casi seis meses en poder formalizar la solicitud. No existe protocolo para actuar en estos casos». Recuperado de <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/adoptar-las-medidas-necesarias-para-garantizar-la-formalizacion-de-solicitudes-de-proteccion-internacional-a-los-menores-solos-aunque-no-tengan-representante-legal-en-aplicacion-de-la-normativa-vige/>

¹⁶ Si la separación no es lo mejor para el niño, el Estado tendrá la obligación de tomar medidas positivas para garantizar que tanto el menor como sus padres permanezcan juntos, independientemente del hecho de que solo un miembro de la familia puede ser considerado «elegible» para efectos de concesión del estatus de refugiado.

¹⁷ H. E. CAMERON, *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk, and the Wrong Mistake*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 60 y J. M. POBJOY, *op. cit.* pp. 52-69.

¹⁸ J. BHABHA, "The 'Mere Fortuity' of Birth? Are Children Citizens?", *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, n° 15, *issue 2*, marzo 2004, pp. 91-96.

¹⁹ M. CROCK, "Re-Thinking the Paradigms of Protection: Children as Convention Refugees in Australia" en J. MCADAM (coord.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Londres, Hart Publishing, 2008, pp. 155-158. En sentido similar, J. BHABHA, "Independent Children, Inconsistent Adults: Child Migration and the Legal Framework", *Discussion Paper IDP n° 2008-02*, UNICEF (Innocenti Research Centre), mayo 2008. Recuperado de http://www.globalmigrationgroup.org/system/files/uploads/gmg-topics/children/2.H_Independent_children_inconsistent_adults_UNICEF.pdf

²⁰ J. BHABHA, "More Than Their Share of Sorrows": International Migration Law and the Rights of Children", *Saint Louis University Public Law Review* n° 22, 2003, pp. 253-266 y, del mismo autor, "Un 'Vide Juridique'? – Migrant Children: The Rights and Wrongs" en C. BELLAMY et al. (eds.), *Realizing the Rights of the Child*, Zúrich, Rüffer&Rub Sachbuchverlag, 2007, p. 206.

el rol esencialmente pasivo atribuido a los menores en situaciones similares a las de los refugiados, lo que hace desplazar para otra persona (padres, por ejemplo) la noción de víctima del daño concreto²¹. En otras palabras, existe una devaluación muy significativa de los intereses del menor²² al asociarlo indefectiblemente como «parte indisoluble» de una «unidad familiar», en vez de considerarlo como individuo con sus propios derechos e intereses (el rol del menor es, de modo general en las distintas sociedades, de subordinación en relación con su familia)²³, como ha quedado registrado en diversos procesos (v.g., *Kim v. Canadá*, de 2010)²⁴. Los menores acompañados, por otro lado, acaban siguiendo el destino de sus padres. Si ellos logran el estatus de refugiado, el menor también lo será; si, por otro lado, sus padres no logran esa condición, el menor también la carecerá, por el papel pasivo que presenta en esos procedimientos de determinación del estatuto de refugiado por los países²⁵. Este es el problema de ignorar la personalidad distintiva del menor y de atarlo umbilicalmente al destino de sus padres en lo que se refiere al otorgamiento de la protección internacional y del estatus de refugiado²⁶.

II. Menores no acompañados (o separados) y menores acompañados

1. Problemas relativos a las solicitudes de los menores (no acompañados y acompañados)

12. Cada vez es más habitual la llegada de niños refugiados no acompañados (o separados de sus padres) a Europa (lo mismo ocurre con relación a los Estados Unidos de América y a otras partes del planeta). Esto ha obligado a las autoridades responsables por la toma de decisiones a alejarse del paradigma tradicional centrado en los padres, a que el menor se acopla y comparte destino. A pesar de la conmoción que normalmente esas situaciones dejan entrever, el hecho es que ese fenómeno ha visibilizado a los niños en el proceso de determinación del estatuto de refugiado, llegando a ser expresamente reconocido en las directrices sobre protección internacional «Reclamaciones de asilo infantil en virtud del artículo 1 (A) 2 y 1 (F) de la Convención de 1951» y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, de 22 de diciembre 2009²⁷. El «menor refugiado», una categoría legal identificable, apareció en el discurso jurídico en función del «menor refugiado no acompañado»²⁸. La intensificación de ese fenómeno ha llevado recientemente a algunos Estados a otorgar a los menores no acompañados el derecho de solicitar el estatuto de refugiado²⁹, aunque, por otro lado, también limitaron su capacidad para ejercer ese derecho³⁰. Fuera de las fronteras europeas se tornó muy famoso el caso del menor Elián González, en que el INS (*Immigration and Naturalization Service*) no habló con el niño (en la época con seis años) sobre sus puntos de vista, ni le permitió cursar una solicitud por su incapacidad legal para fir-

²¹ P. TUITT, “The State, the Family and the Child Refugee”, en D. FOTTRELL (coord.), *Revisiting Children’s Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, La Haya/Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 149-153.

²² D. THRONSON, “You Can’t Get Here from Here: Toward a More Child-Centered Immigration Law”, *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, n° 14, mayo 2006, pp. 58-67.

²³ D. THRONSON, “Clashing Values and Cross Purposes: Immigration Law’s Marginalization of Children and Families”, en J. BHABHA (coord.), *Children without a State: A Global Human Rights Challenge*, Cambridge, MIT Press, 2014, p. 237.

²⁴ Canada Federal Court. *Kim v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 149 (CanLII). Recuperado de <https://www.canlii.org/en/ca/fct/doc/2010/2010fc149/2010fc149.html?resultIndex=1>

²⁵ A. JAMES & A. PROUT, *Constructing and Reconstructing Childhood*, Abingdon, Routledge, 2014, pp. 43-47.

²⁶ D. THRONSON, “Choiceless Choices: Deportation and the Parent-Child Relationship”, *Nevada Law Journal*, n° 6, junio 2006, p. 1165-1167. Sobre el tema, *vid* la sentencia de *Constitutional Court of South Africa*, de 2007 (Case CCT 53/06 – 2007 ZACC 18). Saffii. Southern African Legal Information Institute. Recuperado de <http://www.saffii.org/za/cases/ZACC/2007/18.html>

²⁷ ACNUR. La Agencia de la ONU para los Refugiados. HCR/GIP/09/08. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763>

²⁸ P. TUITT, *op. cit.* p. 154.

²⁹ M. REQUEJO, “La Protección del Menor no Acompañado Solicitante de Asilo: entre Estado Competente y Estado Responsable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* n° 2 (octubre 2017), Vol. 9, pp. 482-505, aborda también el tema del Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado a la luz del Reglamento Bruselas II bis.

³⁰ D. ANKER, N. KELLY, J. WILLSHIRE CARRERA, S. ARDALAN, Mejilla-Romero: A New Era for Child Asylum, *Immigration Briefings*, septiembre 2012, p. 12. Recuperado de <https://harvardimmigrationclinic.files.wordpress.com/2013/02/mejilla-romero-a-new-era-for-child-asylum.pdf>

mar y presentar personalmente una solicitud de asilo. Además, en ausencia de circunstancias especiales, el único adulto que podría representarlo sería su padre.

13. Como se ha mencionado, cuando están acompañados, las solicitudes independientes del menor suelen ser ignoradas por los Estados³¹. La práctica habitual es que la solicitud del menor se incluya en la solicitud presentada por uno de sus padres, y que su estatus derive directamente del estatus otorgado (o no) a su padre o a su madre. Mientras la concesión del estatus de refugiado a sus padres se extiende al niño, su rechazo conlleva a una denegación automática a la obtención del estatuto por el menor, sin cualquier consideración a su voluntad y a sus intereses de forma independiente. No obstante, así como sus padres, los menores pueden también sufrir tanto daños persecutorios como daños específicos de gran envergadura: mutilación genital femenina, violaciones y toda suerte de abusos sexuales, privación de la educación, esclavitud (incluyendo la sexual), reclutamiento involuntario por pandillas, grupos militares y paramilitares, discriminaciones diversas, etc. Lo mismo puede ocurrir al menor en aquellas situaciones abarcadas por el art. 1(F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. En todas ellas, el menor podría ser devuelto a su país de origen en circunstancias en las que existe una posibilidad real de persecución y daño, incluso muerte³². La situación se agrava en países como los Estados Unidos, Canadá o, en el caso europeo, Reino Unido, ya que niegan a los menores el derecho a extender la protección derivativa a sus padres. Eso lleva a la idea de que las consideraciones de carácter migratorio de los padres (precariedad económica, persecución política, guerras, etc.) tienen preponderancia sobre los intereses de la infancia³³, algo reflejado en el caso *Tchoukhrova v. Gonzáles*, de 2005³⁴.

14. La práctica del otorgamiento de protección derivativa nunca ha sido recíproca, pues solamente el menor puede beneficiarse de la protección internacional de sus padres mientras los padres no pueden beneficiarse del otorgamiento del estatuto vía solicitud del menor. Si el menor se convierte en refugiado y la protección no se extiende a sus padres, ocurrirá necesariamente la rotura de la unidad familiar. Por este motivo, algunas familias eligen al padre como solicitante principal de la protección internacional a las autoridades nacionales, a sabiendas de que su destino vinculará al de todos los miembros de su unidad familiar. Esta postura predomina sobre la eventual elección del menor como solicitante principal (en los países que lo admiten), aunque la concesión de protección podría eventualmente salvarle, sin extenderse a los demás miembros familiares (como se ha señalado en dos casos relevantes en los Estados Unidos: *Benyamin v Holder*, de 2009 y *Kone v Holder*, de 2010)³⁵. Así las cosas, para mantener a una familia unida (aunque no existan garantías de que recibirá la protección internacional), un padre se puede ver impulsado a cursar una solicitud ocasionalmente más débil para obtener la protección internacional que aquella que podría eventualmente tener la solicitud de su hijo (caso admitida su solicitud independiente).

2. La evaluación individual por parte del Estado y el deber de no devolución

15. La renuencia general de los Estados en evaluar individualmente las solicitudes de protección de los menores, particularmente de aquellos acompañados por sus familias, viola tanto la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (que no discrimina la edad del solicitante) como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que permite a los menores solicitantes de asilo, tanto

³¹ L. MELO, "When Children Suffer: The Failure of US Immigration Law to Provide Practical Protection for Persecuted Children", *Golden Gate University Law Review*, nº 40, enero 2010, pp. 263-265.

³² Conocido es el caso *Barry v Gonzales*, de 2006. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1350901.html>

³³ J. BHABHA, "The 'Mere Fortuity' of Birth? Are Children Citizens?", *Differences: op. cit.* p. 96.

³⁴ *Tchoukhrova v Gonzáles*, de 2005. United States Court of Appeals, Ninth Circuit nº 03-71129, Decisión de 21 de abril 2005. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1192120.html>

³⁵ *Benyamin v Holder*, de 2009. United States Court of Appeals, Ninth Circuit nº 05-71488, Decisión de 24 de Agosto 2009. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1115204.html> y *Kone v Holder*, de 2010. United States Court of Appeals, Second Circuit nº 08-1445-ag., Decisión de 25 de febrero 2010. *FindLaw for legal professionals*. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1509244.html>

desacompañados como acompañados, independientemente de su edad, el acceso a los procedimientos de asilo (y a otros mecanismos complementarios) para el otorgamiento de la protección internacional, tema retratado de forma muy interesante en el caso *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, de 2000³⁶. El Manual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, del año 2011³⁷ enfatiza (en un intento para corregir situaciones aberrantes) que la denegación de estatuto de refugiado para la cabeza de la familia no debería conllevar a una denegación automática del estatuto a sus dependientes. Si ellos pueden invocar razones propias, el Estado debería reconocer la posibilidad de que soliciten, en su propio nombre, el reconocimiento como refugiados bajo la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967. De este modo, el principio de la unidad familiar operaría a favor de los dependientes y no en contra de ellos. La denegación de la condición de refugiado a los padres de un menor no elimina la necesidad y, por consiguiente, la obligación, de proceder a una escrupulosa y diligente evaluación sobre la situación del menor para saber si este entra en la categoría de «elegible» para efectos de otorgamiento de la protección internacional como refugiado por derecho propio, desacoplado del derecho de sus progenitores.

16. El problema es que la falta de evaluación individual de la condición de refugiado del menor por parte de las autoridades nacionales competentes podría dar lugar a una devolución contraria a la prohibición señalada en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 e, incluso, del requisito procesal contemplado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño («oportunidad de expresar sus opiniones libremente y de ser escuchado en procedimientos judiciales y administrativos en los asuntos que le afecte»)³⁸. Naturalmente, eso se aplicaría tanto al menor acompañado como al desacompañado o separado. La obligación estatal de no devolución previsto en el art. 33, como se puede suponer, prohíbe a la autoridad nacional de devolver a un refugiado al país donde su vida o su integridad física y/o psicológica puedan ser negativamente afectadas. Así como los demás derechos protegidos por la Convención de Refugiados, la obligación de no devolución no depende de la edad del solicitante, aunque dependa de un examen individual del riesgo del solicitante antes de que se autorice y proceda a la remoción del territorio nacional³⁹.

17. El análisis diligente, preciso e imparcial de las solicitudes debería ser la piedra angular en lo que concierne a la prohibición de devolución de una persona a su Estado, cuando hostil. Más que eso, el principio consuetudinario *pacta sunt servanda*, que exige a los Estados actuar de buena fe en la aplicación de un tratado⁴⁰, señala (en lo referente a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados) la imperiosa necesidad de que el Estado donde se curse la solicitud proceda a un cuidadoso análisis de la condición jurídica del menor para eventualmente concederle el estatuto de refugiado. El Comité Ejecutivo del ACNUR adopta la misma postura desde 1977, cuando pasó a enfatizar la relevancia y adecuación de los procedimientos adoptados por los Estados para determinar el estatuto de refugiado (con el propósito de identificar aquellas personas consideradas «elegibles» para contar con la protección de referida Convención)⁴¹. En su *General Conclusion on International Protection* n° 71 (XLIV), de 1993,

³⁶ *Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. High Court of Australia, P41/1999, Decisión de 13 de abril 2000. Refworld. High Court of Australia. Recuperado de http://www.refworld.org/cases,AUS_HC,3ae6b6df4.html

³⁷ UNHCR. The UN Refugee Agency. Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>

³⁸ Tanto en el proceso administrativo original de toma de decisiones como en cualquier revisión judicial posterior.

³⁹ E. LAUTERPACHT; D. BETHLEHEM, “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement”, en E. FELLER; V. TÜRK; F. NICHOLSON (coords.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, 2003, pp. 87-177. UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/419c75ce4.html>

⁴⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. *Pacta Sunt Servanda*. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*.

⁴¹ UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e4/determination-refugee-status.html>. Posteriormente, la misma entidad ha presentado otros documentos: a) *Follow-up on Earlier Conclusions of the Sub-Committee of the Whole on International Protection on the Determination of Refugee Status, Inter Alia, with Reference to the Role of UNHCR in National Refugee Status Determination Procedures*, n° 28 (XXXIII), de 1982 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c439c/follow-up-earlier-conclusions-sub-committee-whole-international-protection>).

llega a señalar que esos procedimientos deberían ser considerados los más adecuados *para garantizar, en la práctica, que se identifiquen las personas que necesitan protección internacional y que los refugiados no sean devueltos* (letra «l»).

3. El derecho del menor a ser escuchado por las autoridades competentes del Estado

18. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño busca conferir cierto protagonismo al menor y evitar que su rol sea meramente pasivo⁴². Esta disposición fue reforzada por las directrices ACNUR del año 2009⁴³. Naturalmente, la decisión de la autoridad nacional de devolver al menor a un país donde pueda estar en riesgo físico, psicológico e incluso de vida, podría deflagrar una responsabilidad internacional del Estado⁴⁴. Jurídicamente, no se trata de una liberalidad del Estado o de un acto discrecional de su autoridad competente. La escucha del menor es una obligación estatal («los Estados garantizarán al niño», de acuerdo con el art. 12.1 y «adoptarán», en conformidad con el art. 4). Así las cosas, el Estado tiene la obligación estricta de adoptar todas las medidas apropiadas que estén a su alcance para implementar el ejercicio de ese derecho por el menor. La frase contenida en la primera parte del art. 12.1, a saber, *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño*, no debería, por tanto, como es lógico, ser considerada una limitación jurídica para el ejercicio de ese derecho o una excusa para que el Estado incumpla su obligación convencional.

19. Aunque eventualmente sea considerado un elemento circunstancial, eso no puede servir para justificar un trato jurídico que perjudique al menor. La evaluación de su capacidad para formar una opinión autónoma, sin embargo, posibilita muchas veces al Estado no solo desconsiderar esa capacidad de formar sus propios puntos de vista sobre un asunto que le afecte, sino también de reconocer su meritorio derecho a expresarlos, aunque no necesariamente de forma verbal (v.g., a través de juegos, dibujos, pinturas, lenguaje corporal, expresiones faciales, etc.). La idea establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño no es la «expresión», sino la «comprensión» del menor (incluyendo niños muy pequeños), sus elecciones y sus preferencias⁴⁵. El hecho es que la Convención sobre los Derechos del Niño no impone una edad mínima para el ejercicio del derecho (no es una obligación del niño, sino un derecho, plasmado en la expresión «expresar su opinión libremente») a participar en el proceso de determinación del estatuto de refugiado, aunque sus puntos de vista sean sopesados en función de su edad y madurez⁴⁶.

20. El art. 12 debe ser comprendido en conformidad con el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los menores son seres humanos por derecho propio con mentes y voluntades, puntos de vista y emociones individuales que deberían expresarse libremente. Cabría a las autoridades com-

html); b) *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, n° 30 (XXXIV), de 1983 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6118/problem-manifestly-unfounded-abusive-applications-refugee-status-asylum.html>); c) *General Conclusion on International Protection*, n° 71 (XLIV), de 1993 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6814/general-conclusion-international-protection.html>); d) *General Conclusion on International Protection*, n° 74 (XLV), de 1994 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6a4/general-conclusion-international-protection.html>); e) *General Conclusion on International Protection*, n° 81 (XLVIII), de 1997 (recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c690/general-conclusion-international-protection.html>).

⁴² M. FREEMAN, “The Human Rights of Children”, *Current Legal Problems*, n° 63, issue 1 (1), enero 2010, pp. 1-44; L. KRAPPAMANN, “The weight of the child’s view (Article 12 of the Convention on the Rights of Child)”, *The International Journal of Children’s Rights*, n° 18, issue 4, noviembre 2010, pp. 501-513.

⁴³ Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugee, numeral 70. UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/50ae46309/guidelines-international-protection-8-child-asylum-claims-under-articles.html>

⁴⁴ D. O’DONNELL, “The Rights of Children to Be Heard: Children’s Right to Have Their Views Taken into Account and to Participate in Legal and Administrative Proceedings”, Working Paper n° IWP-2009-04, UNICEF, abril 2009, pp. 29-31.

⁴⁵ J. FORTIN, *Children’s Rights and the Developing Law* (3ª edit.), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 82-89. En sentido contrario, J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 83-94, que argumenta que los niños adquieren derechos en etapas.

⁴⁶ B. HAFEN & J. HAFEN, “Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Harvard International Law Journal*, n° 37, 1996, p. 449.

petentes nacionales, responsables por la toma de decisiones sobre las solicitudes de protección internacional cursadas, escuchar esas expresiones y opiniones. Es probable que el derecho de los menores a la dirección y orientación para compensar su falta de conocimiento y experiencia (art. 5) ceda gradualmente a un mayor nivel de responsabilidad individual a medida que crece y adquiere capacidades. Sin embargo, eso no significa que debe ser ignorado en sus primeras etapas de vida. Al contrario, en todas ellas, estará el menor involucrado en asuntos que le afecta como el de la adquisición del estatus de refugiado o similares. Algunas veces, podrá ocurrir que los intereses del menor no se alineen completamente con los intereses de sus padres o tutores (v.g., cuando el menor solicita protección en un Estado de acogida y el padre busca regresar a su país de origen). De cualquier modo, la edad y la madurez de un menor serán relevantes para la autoridad competente del potencial Estado de acogida en lo que concierne a la robustez de la evidencia presentada por ese menor relativamente a su interés y deseo⁴⁷.

4. El menor ante los procesos judiciales y administrativos

21. El artículo 12(2) de la Convención también se ve reforzada por el art. 22 (que establece que todos los menores que soliciten el estatuto de refugiado deben «recibir protección y asistencia humanitaria adecuadas en el disfrute de los derechos aplicables») y, a cierta medida, por el art. 9, especialmente su numeral (2), que establece que «todas las partes interesadas tendrán la oportunidad de participar en el procedimiento y dar a conocer sus puntos de vista» (en menor escala también se podría señalar el artículo 37(d), todos de esa Convención). No existe -ni debería existir- una barrera de edad para que el menor pueda ejercer su derecho a ser oído, tal como se quedó claro en *el General Comment* n° 12 de las Naciones Unidas sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, de 2009⁴⁸, en sus disposiciones 32 y 123. Siempre que sea posible, el menor debería ser escuchado directamente por la autoridad competente. No siendo eso factible por cualquier causa justificable, se podría escucharlo «indirectamente» a través de un representante o de un organismo o institución apropiados (disposiciones n° 35, 36 y 37)⁴⁹. De cualquier modo, no se puede olvidar que el menor, como persona humana, tiene reconocido el derecho de igualdad ante la ley (plasmada, por ejemplo, en el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La premisa de que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (extensibles a las autoridades administrativas) encuentra aún respaldo en el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

22. El mayor riesgo de devolución de un menor a quien las autoridades competentes no brindaron la oportunidad de expresar libremente sus puntos de vista en asuntos que le afectan (y/o de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial y/o administrativo) para efectos de una diligente evaluación independiente de su condición de refugiado equivale, por lo que se ha señalado anteriormente, a una violación de la norma internacional. Aunque los Estados retengan el control en cuanto a los procedimientos específicos adoptados, no se puede olvidar que los contornos externos están circunscritos tanto por el artículo 12 de la Convención como por el deber de no devolución, ampliamente aceptado en el derecho internacional.

A. Menores no acompañados o separados

23. Aunque los menores no acompañados tengan el derecho de solicitar el estatuto de refugiado en algunos Estados, el tema concerniente a la capacidad de ejercer ese derecho aún es controvertido en muchos lugares. De cualquier modo, debe ser conciliado con el deber general de no devolución y el derecho del niño a ser escuchado. La edad del menor y el hecho de que haya llegado previamente con su familia

⁴⁷ S. BRENNAN & R. NOGGLE, "The Moral Status of Children: Children's Rights, Parents' Rights, and Family Justice", *Social Theory and Practice*, n° 23(1), marzo de 1997, pp. 11-12.

⁴⁸ Convention on the Rights of the Child. Committee on the Rights of the Child, fifty-first session, Ginebra, 25 de mayo-12 de junio 2009. General Comment n° 2. The right of the child to be heard. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

⁴⁹ Recuperado de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

o no, son elementos relevantes para efectos de determinación de los procedimientos (o de las pruebas)⁵⁰, pero no podrán repudiar su derecho de presentar una solicitud individualmente, en su propio nombre. Es importante considerar que, muchas veces, el menor restituido a su país sufre riesgos notorios, como es el caso de los países en que existe la mutilación genital femenina (ablación)⁵¹. Sobre este último tema,⁵² la *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation* (2009), del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en su párrafo 11 señala: *Where a family seeks asylum based on a fear that a female child of the family will be subjected to Female Genital Mutilation, the child will normally be the principal applicant, even where accompanied by her parents ... Even when very young, the child may still be considered the principal applicant. In such cases, the evolving capacities of the child need to be taken into account and the parent, caregiver or other person representing the child will have to assume a greater role in making sure that all relevant aspects of the child's claim are presented.*

24. El caso anteriormente mencionado (Cuba-Estados Unidos) de Elián González, el niño cubano de seis años rescatado en el mar, después de la muerte de su madre, ilustra bien el tema de la solicitud, ya que el servicio de inmigración estadounidense se negó a apreciar la solicitud del menor como refugiado, al considerar que con su edad (seis años) carecía de la capacidad para presentar una solicitud⁵³ de refugio contra los deseos de sus padres⁵⁴ (además, durante mucho tiempo se ha discutido la práctica obediencia del *Immigration and Naturalization Service* a los deseos de los padres, pasando por alto el deseo de los niños). De cualquier modo, hay que reconocer que el deber estatal de no devolución acaba muchas veces involucrado en el delicado equilibrio existente entre la protección de los intereses del menor, por un lado, y el respeto estatal por el rol y la autoridad de los padres o tutores, por otro (algo que, a propósito, busca la Convención sobre los Derechos del Niño: especialmente los arts. 3, 5 y 18.1).

B. Menores acompañados

25. La solicitud de los menores acompañados habitualmente está subsumida a la solicitud formulada por sus padres (concretamente por su padre, como tradicional «cabeza de familia»). Con eso, el estatuto del menor se vincula al estatus otorgado (o no) a su padre, de modo que la desconsideración de la individualidad del primero (o sea, que la autoridad nacional competente no proceda a una evaluación individual de la elegibilidad del menor en lo que concierne al estatuto de refugiado) podría dar lugar a un riesgo de violación del deber estatal de no devolución (además de, casi seguramente, constituir una violación del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño). Algunos países como Canadá⁵⁵, Nueva

⁵⁰ Guidelines on International Protection: child asylum claims under articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, disposiciones 65 a 77.

⁵¹ Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Costa de Marfil, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Indonesia, Irak, Kenia, Liberia, Malí, Mauritania, Niger, Nigeria, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Tanzania, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti. La Nación. Sociedad. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/2001049-en-que-paises-se-practica-la-ablacion-y-que-se-esta-haciendo-para-frenarla>

⁵² Guidance Note on Refugee Claims Relating to Female Genital Mutilation. UNHCR. The UN Refugee Agency, 2009. Recuperado de <http://www.refworld.org/pdfid/4a0c28492.pdf>

⁵³ Algunos tribunales tampoco reconocen esa capacidad para solicitar la revisión de las decisiones que rechacen la solicitud de refugio. No obstante, otros tribunales reconocen el derecho del menor tanto de solicitar el asilo como de adoptar todas las medidas necesarias para proteger ese derecho. En este sentido, los casos: a) *Jaffari v Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, de 26 de julio 2001. Jade. Recuperado de <https://jade.io/article/104034>; b) *Odhiambo v Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, de 20 de junio 2002 (FCAFC 194). Jade. Recuperado de <https://jade.io/article/100113>; c) *SFTB v Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs*, de 27 de mayo 2003. Jade. Recuperado de <https://jade.io/article/100473>

⁵⁴ *González v Reno*. United States District Court, S. D. Florida, Miami Division. District Court for the Southern District of Florida, 86 F. Supp. 2d 1167 (S.D. Fla. 2000), Decisión de 21 de marzo 2000. Justia. Recuperado de <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/86/1167/2399370/>

⁵⁵ El sistema canadiense exige que todos los solicitantes presenten una solicitud individual (para el estatuto de refugiado), independientemente de si el solicitante está acompañado por un miembro de la familia. Las autoridades competentes, por su vez, están obligados legalmente a evaluar y decidir sobre la determinación de la condición de refugiado por separado para cada solicitante individual. Ver J. M. POBJOY, *op. cit.*, p. 64.

Zelanda⁵⁶ y Suecia⁵⁷, en sus respectivos procedimientos nacionales, tienden actualmente a requerir a las autoridades competentes una determinación separada y particular del estatuto de refugiado para cada menor acompañado, aunque no sea parte de una unidad familiar. ACNUR, no obstante, no señala claramente si los miembros de la familia deberían estar previamente sometidos a una evaluación del estatus de refugiado de forma independiente. Sus normas internas de procedimiento para la determinación del estatuto de refugiado sugieren que a los menores sobre los que se evalúan el otorgamiento del estatuto de refugiado por derecho propio se les debe otorgar esa protección en lugar de un estatuto derivativo (desde la solicitud, por ejemplo, del padre, como consecuencia del derecho de unidad familiar).

26. El Manual ACNUR⁵⁸ también estatuye que no se debe otorgar el estatuto de refugiado formal a un dependiente si esto es incompatible con su situación jurídica personal⁵⁹ (v.g., el reconocimiento de la condición de refugiado si el miembro de la familia es un nacional del país de asilo, tiene otra nacionalidad y goza de la protección del país de esa nacionalidad o cuando el miembro dependiente de la familia entre dentro del alcance de las denominadas «cláusulas de exclusión»), orientación también seguida por su Comité Permanente del Comité Ejecutivo. De modo general, según ese Comité, los solicitantes de la condición de refugiado deben mostrar buenas razones por las cuales, individualmente, temen la persecución (aunque en función del principio de la unidad familiar, si el «cabeza de familia» cumple los criterios para el reconocimiento del estatuto de refugiado, los miembros dependientes de su familia deberían también ser reconocidos como refugiados).

27. Por su vez, las Directrices 2009 del ACNUR estipulan que cuando los padres solicitan protección internacional por temor a la persecución de su hijo, el menor normalmente será el solicitante principal (incluso cuando esté acompañado por sus progenitores). En ese caso, por ejemplo, podría ser aceptable reconocer a un padre el estatuto de refugiado derivado del otorgamiento, por la autoridad nacional competente, de esa condición jurídica al menor. De cualquier modo, en aquellas situaciones donde tanto el padre/madre/tutor como el menor tienen sus propios motivos en lo que concierne a la condición de refugiado, el ideal sería que cada solicitud fuera evaluada separadamente. El Comité Ejecutivo de ACNUR, por su vez, recomienda que cuando el solicitante principal sea reconocido como refugiado, los demás miembros de la familia sean beneficiados automáticamente con la misma condición y estatus jurídico⁶⁰. Eso no significa que la vulnerabilidad del menor desaparezca por completo, pues él, aunque sea admitido en el país de acogida como refugiado, podría eventualmente estar sometido a situaciones como, por ejemplo, abuso infantil, violencia sexual, discriminación, acoso escolar y, en algunos países, reclutamiento militar forzado, uso como escudo civil en conflictos y enfrentamientos, etc.).

28. El riesgo de que la evaluación separada de la elegibilidad de un menor acompañado (para efectos de obtención del estatus de refugiado) rompa eventualmente la unidad familiar⁶¹ (cuando otros miembros de la familia son considerados «no elegibles», como, por ejemplo, padre elegible y menor no;

⁵⁶ New Zealand Immigration. Recuperado de <https://www.immigration.govt.nz/opsmanual/index.htm?toc.htm?30917.htm#35439.htm>

⁵⁷ Government Offices of Sweden. Recuperado de <https://www.government.se/government-policy/migration-and-asylum/aliens-act/>. Vid M. EASTMOND & H. ASCHER, "In the Best Interest of the Child? The Politics of Vulnerability and Negotiations for Asylum in Sweden", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, n° 37(8), 2011, p. 1185.

⁵⁸ UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/4316f0c02/procedural-standards-refugee-status-determination-under-unhcrs-mandate.html>

⁵⁹ Handbook and Guidelines on procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, n° 184. UNHCR. The UN Refugee Agency. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>

⁶⁰ El Comité Ejecutivo ACNUR, Niños Refugiados, n° 47 (XXXVIII), 1987, "h", recomienda a que los niños acompañados por sus padres sean tratados como refugiados si se determina que uno de los padres es un refugiado. Comité Ejecutivo del ACNUR. Conclusión sobre la protección de la familia de los refugiados, n° 88 (L), 1999, "b".

⁶¹ K. JASTRAM & K. NEWLAND, "Family Unity and Refugee Protection", en E. FELLER, V. TÜRK & F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 555-572.

menor elegible y uno de los padres no; un menor sí y uno de sus hermanos no) puede, en última instancia, acabar por salvar a uno o más miembros de la familia. Por el contrario, cuando existe esa dependencia (el acoplamiento jurídico de la condición de refugiado) el otorgamiento del estatuto a uno solo miembro (v.g., el padre) implica que una única decisión de la autoridad nacional relativa a esa concesión conlleve necesariamente a los demás miembros de la familia la extensión del nuevo estatus o la denegación de la protección internacional. Así las cosas, se llega al absurdo de que es posible evitar la fragmentación de la unidad familiar mediante la condenación de todos los miembros de la familia al mismo «destino cruel» (en el caso de denegación del estatuto de refugiado). Eso podría conducir, erróneamente, a la idea de que el menor no está protegido en su derecho de participar, a título individual, en el proceso de evaluación y concesión del estatuto, o en su derecho a estar protegido contra el riesgo de devolución al país de origen. No obstante, el principio de la unidad familiar (y la protección del menor de no ser separado, en conformidad con el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño) produce, muchas veces, ese pérfido efecto en la práctica.

29. No obstante, al no incorporar esa Convención el concepto de unidad familiar, algunos países como Canadá o Nueva Zelanda pasaron a adoptar posturas más congruentes al tratar el tema de la elegibilidad para la condición de refugiado y la protección de la unidad familiar como temas conexos (aunque se originen de consultas distintas)⁶². Está dentro de las prerrogativas estatales otorgar una protección derivativa a cada miembro de la familia como consecuencia de la concesión del estatuto de refugiado a cualquier uno de ellos, sin necesidad, en ese caso, de considerar las solicitudes por separado o la situación individual de cada uno de los miembros de la familia. Así las cosas, puede el Estado aceptar la solicitud y evaluar individualmente la condición de cada miembro de la familia para efectos de concesión del estatuto de refugiado. Una vez concedido el estatuto, para cualquier miembro, esta situación se extendería a todos los demás en función de la aplicación del principio de la unidad familiar (serían refugiados derivados)⁶³. Eso reforzaría la naturaleza declarativa (no constitutiva) de la concesión del estatuto de refugiado⁶⁴: la persona no se convierte en refugiada porque es reconocida por el Estado, sino que el Estado la reconoce y brinda su protección justamente porque es una refugiada.

30. En el contexto de los refugiados, el principio de no separación plasmado en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a padres e hijos que “ya están juntos dentro de las fronteras del Estado de acogida”⁶⁵. Este principio no puede ser menoscabado (especialmente, según la praxis internacional, si el «cabeza de familia» es considerado refugiado, por la extensión de la protección a los demás miembros) bajo el argumento del interés público, lo que incluiría las medidas gubernamentales de control migratorio⁶⁶. El *Executive Committee (Conclusion on the Protection of the Refugee's Family*, n° 88 (L, b,

⁶² De cualquier modo, este principio está incorporado en la legislación de muchos Estados, incluyendo los mencionados.

⁶³ Esta postura tiene la ventaja de que la protección a los miembros de la unidad familiar puede derivar de cualquier miembro (del primer miembro) a que el Estado reconozca el estatuto de refugiado. Así las cosas, dejaría de prevalecer, necesariamente, la figura del “jefe de la familia”, para condicionar la situación de todos los demás.

⁶⁴ *MS (Somalia) and Others v. Secretary of State for the Home Department / KI (Somalia) and Others v. Secretary of State for the Home Department*, United Kingdom Court of Appeal (England and Wales), Document (2010) EWCA Civ. 1236, Decisión de 11 de octubre 2010, de 11 de octubre 2010. Refworld. Recuperado de http://www.refworld.org/cases,GBR_CA_CIV,4d2b195f2.html

⁶⁵ Por otro lado, el denominado «principio de la reunificación familiar» (contemplado en el art. 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño) concierne a la situación en que una familia se ha separado y luego trata de reunirse.

⁶⁶ En este sentido: a) UNHCR Executive Committee. Refugee Children n° 47 (XXXVIII), de 1987, 127(d). United Nations General Assembly Document n° 12A (A/42/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c432c/refugee-children.html>; b) Refugee Children and Adolescents n° 84 (XLVIII, b), de 1997. United Nations General Assembly Document n° 12A (A/52/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c68c/refugee-children-adolescents.html>; c) Conclusion on International Protection n° 85 (XLIX, «v» y «x»), de 1998. United Nations General Assembly Document n° 12A (A/53/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e30/conclusion-international-protection.html>; d) Protection of the Refugee's Family Protection of the Refugee's Family n° 88 (L), de 8 de octubre 1999. United Nations General Assembly Document A/AC.96/928 and document n° 12A (A/54/12/Add.1). Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c4340/protection-refugees-family.html>; e) Conclusion on Children at Risk n° 107 (LVIII), de 5 de octubre 2007. United Nations General Assembly Document A/AC.96/1048, b, d, h. UNHCR Executive Committee of the High Commissioner's Programme. Recuperado de <http://www.unhcr.org/excom/exconc/4717625c2/conclusion-children-risk.html>

d) de 1999 también resalta la relevancia de la protección de la unidad familiar del refugiado, reafirmado tanto por el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño como por las Naciones Unidas, en sus resoluciones bajo el título de *Assistance to Unaccompanied Refugee Minors* (A/ RES/ 51/ 73, de 1997; A/ RES/ 52/ 105, de 1998; A/ RES/ 54/ 145, de 2000; A/ RES/ 56/ 136, de 2002; A/ RES/ 58/ 150, de 2004. Muchos otros documentos de ACNUR plasman el equilibrio entre el interés del menor y la preservación de la unidad familiar como, por ejemplo: *ACNUR ExCom «Refugee Children»*, n° 47 (XXXVIII), de 1987, párrafo 127, «d» («...haciendo hincapié en que todas las medidas adoptadas en favor de los niños refugiados deben guiarse por el principio del interés superior del niño, así como por el principio de unidad familiar») y «h» («recomendando que los niños acompañados por sus padres sean tratados como refugiados si se determina que uno de los padres es un refugiado»); *ACNUR ExCom*, «Conclusión sobre los niños y adolescentes refugiados», n° 84 (XLVIII), de 1997, «b» («...Estados y partes interesadas a tomar todas las medidas posibles para proteger a los niños y adolescentes refugiados ... impidiendo la separación de niños y adolescentes refugiados de sus familias»); *ACNUR ExCom*, «Conclusión sobre protección internacional», n° 85 (XLIX), de 1998, «v» («recomendando que los gobiernos adopten medidas apropiadas para garantizar la unidad de la familia, especialmente en los casos en que ha sido admitido como refugiado un miembro en particular»), «x» («...Estados..., que aún no lo han hecho, a considerar el desarrollo del marco legal para dar efecto a nivel nacional a un derecho a la unidad familiar para todos los refugiados, teniendo en cuenta los derechos humanos de los refugiados y sus familias»); *ExCom* «Conclusión sobre la protección de la familia de los refugiados», n° 88 (L), de 1999, «b» y *ExCom* «Conclusion on Children at Risk», n° 107 (LVIII), de 2007, «b» combinado con «d» («reconociendo que...debe considerarse la importancia de las estructuras de apoyo familiar y para la protección de los niños»), «h» combinado con «f» («recomendando... que los Estados... promuevan el disfrute de la unidad familiar por parte de los niños al establecer procedimientos para prevenir la separación»), etc.

31. Sin embargo, esa regla plasmada en tantos documentos no es realmente absoluta, pues debe gravitar alrededor del interés del menor. Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 9.1) deben garantizar («garantizarán», según la redacción del artículo) que no se separe a un menor de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades nacionales competentes determinen, siempre de conformidad con la legislación y los procedimientos aplicables, que esa separación será beneficiosa e incluso necesaria para los intereses del menor (v.g., casos en que existan abusos o negligencias por parte de los padres, o cuando los padres viven separados y se debe tomar una decisión sobre el lugar de residencia del menor). Todas las partes interesadas, incluido naturalmente el menor, deberían tener la oportunidad de participar en el proceso y dar a conocer su punto de vista (art. 9.2).

32. Por otro lado, cuando tal separación resulte de una acción iniciada por el Estado (v.g., detención, encarcelamiento, exilio, deportación o muerte de uno de los padres), el Estado debería proporcionar al menor (o a su familia) información sobre el paradero de esos miembros ausentes, salvo que eso perjudique el bienestar del menor⁶⁷. Este art. 9, sin embargo, acaba por resaltar el principio de la unidad familiar (y, de cierto modo, de evitar su fractura), rechazando esencialmente la separación entre los menores y sus padres. Siguiendo la postura habitual de los países en materia de asilo, esa disposición concerniría específicamente a padres e hijos que ya están juntos dentro de la jurisdicción del Estado que recibe la solicitud de protección internacional.

33. El interés superior del menor⁶⁸ (art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño) constituye la base (se podría afirmar que «exclusiva») ⁶⁹ sobre la cual el Estado podría justificar la separación

⁶⁷ Recientemente se ha observado esa situación en los Estados Unidos, en que el exacto paradero de diversos padres expulsados (por intentar entrar ilegalmente en el territorio norteamericano) hacia países de América Central era desconocido por muchas autoridades migratorias (y por las familias de los expulsados), mientras sus hijos menores -separados de la familia- eran mantenidos por más tiempo en campamentos militares.

⁶⁸ M. REQUEJO, *op. cit.* nota 29.

⁶⁹ E. F. ABRAM, "The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law", *Law and Policy*, n° 17, marzo 1995, p. 419. Por su vez, el art. 3 de la Convención señala que «el interés superior del niño debe ser una consideración primordial».

involuntaria del menor de sus padres, lo que desvía la regla estatuida previamente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en su art. 17 («la separación de una persona de su familia puede significar una interferencia estatal arbitraria»)⁷⁰. Hay que considerar también que el art. 9(4) de la Convención sobre los Derechos del Niño está sometido al principio general establecido en el artículo 9(1). Su objetivo es, fundamentalmente, garantizar que se proporcione una información adecuada sobre el paradero del familiar ausente cuando la separación haya sido ocasionada por acciones iniciadas por el Estado.⁷¹ En Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda, el estatus de refugiado del menor no se extiende automáticamente a sus padres, lo que implica que la familia quizás tenga que optar entre separarse o regresar juntos al país de origen, aunque eso suponga un riesgo al menor⁷².

5. Evaluación del riesgo en función de la edad y del «temor fundado»

34. La elegibilidad de una persona (mayor o menor) como beneficiaria de la concesión de protección internacional por las autoridades nacionales (otorgamiento del estatuto de refugiado) está directamente vinculada en el plan internacional con el criterio del «miedo fundado». Este criterio, presente en los instrumentos internacionales, es requerido por el Estado al solicitante de protección de modo fehaciente, ya que él debe demostrar a la autoridad que el riesgo y potencial de daño al regresar a su país es genuino, o sea, de que existe una posibilidad real de que el riesgo de ser perseguido, lesionado (física o psicológicamente) o asesinado se materialice caso no se otorgue la protección solicitada y se proceda a la devolución del solicitante a su país de origen por las autoridades nacionales. Este requisito ha dado lugar a una serie de desafíos específicos para los menores, ya que las autoridades encargadas de la toma de decisiones a menudo no participan en una evaluación del riesgo que tenga en cuenta la edad. No es sencillo lograr que un menor, especialmente un niño/a, demuestre más que su miedo subjetivo. Sin embargo, la norma jurídica determina que demuestre la existencia de un riesgo prospectivo y «objetivo» de daño real si regresa a su país de origen a la autoridad nacional competente, lo que suele conllevar a importantes desafíos probatorios⁷³.

35. Para ser reconocido como un refugiado, el menor desacompañado necesita satisfacer cada elemento de la definición de refugiado: a) deberá estar fuera de su país de origen, b) deberá demostrar la existencia de un riesgo real prospectivo y c) deberá tener un temor fundado de sufrirlo caso regrese a ese país. La posibilidad de que el menor vuelva a beneficiarse de una protección en su Estado natal o que cuente con una protección duradera en otro lugar impide que la autoridad nacional le otorgue el estatuto de refugiado. Tradicionalmente, todo el mecanismo de protección internacional y la propia noción de «refugiado» se ha enfocado a los adultos, algo que solamente en tiempos mucho más recientes empezó a cambiar en función del creciente contingente de menores no acompañados llegados a los países desarrollados. Así las cosas, en vez de exigir al menor que demuestre ante la autoridad nacional competente un temor fundado de persecución (para satisfacer los requisitos convencionales necesarios en un proceso de determinación del estatuto de refugiado), sería quizás más adecuado evaluar las necesidades de protección de los menores en situación de riesgo mediante la exaltación y reforzamiento del principio de «mejores intereses» plasmado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

36. El ideal sería evitar la aparente exclusión mutua entre la protección derivada del derecho internacional de los refugiados y la protección derivada del derecho internacional sobre los derechos

⁷⁰ Vid la Convención Europea sobre Derechos Humanos, art. 8 (1 y 2) y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16 (1 y 2).

⁷¹ S. DETRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Berlín, Springer, 1992, pp. 172-174.

⁷² *Oforji v. Ashcroft*. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, n° 02-3861, Decisión de 31 de diciembre 2003. Findlaw for legal professionals. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1423087.html>; *Mame Fatou Niang v. Alberto R. Gonzales*. United States Court of Appeals, Fourth Circuit, n° 06-1470, Decisión de 12 de junio 2007. Findlaw for legal professionals. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1478394.html>

⁷³ L. BERLINER, "Children's Memory for Trauma and Positive Experiences", *Journal of Traumatic Stress*, n° 229, 2003, p. 234.

del niño, de modo que este último instrumento legal funcione esencialmente como una orientación interpretativa prevalente, tal como parece sugerir ACNUR y la propia Convención sobre los Derechos del Niño. Esta postura es consistente con los principios de interpretación del tratado y encuentra apoyo creciente, aunque incipiente, en la jurisprudencia de varios tribunales nacionales, en su mayoría de países que adoptan el sistema del *common law*. Es importante mencionar que, aunque el principio de «mejores intereses» pueda informar el contenido de una definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no tiene el poder de desplazar su criterio de definición. El estatuto de refugiado no podría ser otorgado simplemente sobre la base de que corresponde al mejor interés del niño (lo que correspondería a una compatibilidad con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

37. El requisito de que un refugiado debe sentir un «temor fundado de ser perseguido» si es devuelto a su país de origen tradicionalmente se ha interpretado en función de dos elementos: 1) la demostración de una genuina inquietud subjetiva; 2) la evidencia de un riesgo objetivo y prospectivo de ser perseguido. Hay muchos desafíos operacionales en el análisis del elemento subjetivo, pues los menores a menudo son incapaces de concebir o expresar una futura aprehensión del daño. Su imposibilidad, aunque la evidencia objetiva exista (riesgo real de daño) haría la autoridad nacional competente denegar el otorgamiento del estatuto de refugiado al menor, desconsiderando, muchas veces, el objeto y el fin humanitario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

38. La doctrina y la jurisprudencia⁷⁴ anglosajona acepta ampliamente la necesidad de evidenciar tanto el «temor subjetivo» como el «riesgo objetivo»⁷⁵. El problema es que pueden ocurrir situaciones como, por ejemplo, que el menor no comprenda exactamente los riesgos y peligros existentes porque sus padres le enviaron al extranjero para protegerle, aunque sin dar mayores explicaciones sobre eso o porque carece de la capacidad cognitiva para experimentar el miedo o conectarlo a un riesgo prospectivo. De cualquier modo, esa concepción no depende exclusivamente de la edad⁷⁶ en todos los casos pues hay menores de muy poca edad que experimentan un miedo subjetivo al daño y conocen y aprecian la naturaleza del riesgo, pero tienen dificultades para articular su estado emocional ante una autoridad nacional responsable de la toma de decisiones o padezca de alguna condición psicológica específica (como trastornos) y hay menores de más edad incapaces de hacerlo⁷⁷. Considerando que tanto el riesgo objetivo como el miedo subjetivo son condiciones previas para satisfacer el estándar de «miedo bien fundamentado» exigido por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, una aplicación estricta de esas pruebas conllevaría muchas veces, necesariamente, a la denegación del estatuto de refugiado a los menores que no pueden concebir o articular un temor subjetivo, aunque el riesgo objetivo se haya establecido claramente. Las Directrices ACNUR del año 2009 reconocen que un menor «puede ser demasiado joven o inmaduro para poder evaluar qué información es importante o para interpretar lo que ha atestiguado o experimentado de una manera que sea fácil de entender para un adulto» y que, al tratarse de menores de poca edad (niños) no será razonable esperarse que brinden informaciones y experiencias similares a las que señalarían las personas adultas⁷⁸. Las pautas domésticas también reconocen que los menores pueden tener poco o ningún concepto de miedo y/o pueden ser incapaces de proporcionar evidencias sobre las circunstancias que rodearon sus experiencias pasadas o su temor a futuras persecuciones⁷⁹.

⁷⁴ *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. Supreme Court, 421, Decisión de 9 de marzo 1987. Justicia. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/421/>

⁷⁵ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafo 38.

⁷⁶ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafos 215 y 216. Párrafos 215 y 216.

⁷⁷ G. S. GOODWIN y J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 130.

⁷⁸ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection nº 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees (2009), párrafo 72. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/50ae46309/guidelines-international-protection-8-child-asylum-claims-under-articles.html>

⁷⁹ Gov. UK. Children (Asylum Policy Guidance). Recuperado de <https://www.gov.uk/government/collections/children-asylum-instructions>

39. Una estrategia para eludir la aplicación estricta de ese principio cuyo resultado sería la denegación de la protección internacional al menor podría ser tanto la imputación del «temor fundado» desde el padre hacia el menor, postura considerada legítima y suficiente por el Tribunal Superior de Australia que ya ha sostenido que «los temores de los padres del menor en su nombre son suficientes»⁸⁰ (posición que, además, encuentra apoyo en las Directrices ACNUR del 2009)⁸¹ como prescindir por completo del requisito subjetivo en los casos que involucran a menores (Directrices ACNUR 2009⁸² y The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear⁸³). De cualquier modo, la protección internacional debería existir independiente de que la persona sea inconsciente, lunática, ingenua, ignorante, estúpida, valiente, astuta, tímida, inteligente, audaz, inarticulada, etc.⁸⁴. La credibilidad asociada a la valentía o a la ausencia de miedo subjetivo⁸⁵ puede poner en serio riesgo a personas, y muy especialmente a menores, que corren un riesgo real de ser perseguidas en sus países de origen. Al fin y al cabo, las normas de derechos humanos son comunes a todos y no varían en función de percepciones o condiciones emocionales particularizadas. Así las cosas, el estándar de «miedo bien fundado» debería, muchas veces, solamente requerir la evidencia de una expectativa prospectiva de riesgo real⁸⁶, interpretación coherente con los objetivos humanitarios subyacentes a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

6. Evaluación del riesgo objetivo

40. Independientemente del estado emocional del menor, siempre será necesario que el solicitante de protección internacional demuestre la existencia de un riesgo prospectivo creíble de daño real (aunque no se exige que se eleve al nivel de probabilidad). Aunque la carga de la prueba incumbe, en principio, al solicitante, naturalmente la autoridad nacional competente puede utilizar todos los medios que estén a su alcance para encontrar las pruebas necesarias en el apoyo de la solicitud. Claro está que es bastante difícil producir esas pruebas, particularmente porque los solicitantes suelen abandonar todo, o casi todo, en una situación de persecución y riesgo de lesión o muerte. Las Directrices ACNUR de 2009, sensible con esta situación, ha estatuido que, aunque la carga de la prueba generalmente se comparte entre la autoridad nacional y el solicitante de la protección internacional, en el caso de menores, podría ser necesario que la autoridad asuma una mayor carga de la prueba, especialmente si ese menor no está acompañado (MENA)⁸⁷.

41. El riesgo potencial suele partir, aunque no se limite, de una apreciación objetiva de las condiciones de los derechos humanos en el país de origen del solicitante de la protección, tomándose en cuenta su particular situación (raza, religión, posición política, experiencias personales, etc.). Para evitar posiciones sesgadas sobre esas condiciones, es habitual que las autoridades nacionales utilicen informes considerados «neutrales» que están estructurados sobre la base de la Convención sobre los Derechos del

⁸⁰ Chen Shi Hai v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs, High Court of Australia, n° (2000) HCA 19, Decisión de 13 de abril 1999. Refworld. Recuperado de http://www.refworld.org/cases,AUS_HC,3ae6b6df4.html

⁸¹ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees, párrafo 11.

⁸² UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8, párrafo 11.

⁸³ The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear, de 2004, párrafo 3: *In contrast to the question of whether an applicant is unable or unwilling to avail himself or herself of the country of origin's protection, the assessment of well-founded fear does not comprise any evaluation of an applicant's state of mind.* Recuperado de <http://www.mjilonline.org/jdforum/digital-scholarship/opinio-juris-2/michigan-guidelines-on-well-founded-fear/>

⁸⁴ AGRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1, Leyden, Sijthoff, 1966, pp. 173-174. De la misma opinión: J. C. HATHAWAY y W. S. HICKS, "Is There a Subjective Element in the Refugee Convention's Requirement of 'Well-Founded Fear'?", *Michigan Journal of International Law*, n° 505, 2004, pp. 531-534.

⁸⁵ J. C. HATHAWAY y W. S. HICKS, *op. cit.*, p. 532. La misma idea se encuentra plasmada en la decisión del caso ZJ v Secretary of State for the Home. United Kingdom, Court of Appeal (England and Wales). Civil Division, Document n° (2008) EWCA Civ. 799, Decisión de 10 de junio 2008. Casemine. Recuperado de <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f-22c94e0775e7eeafa>

⁸⁶ J. C. HATHAWAY y M. FOSTER, *The Law of Refugee Status*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 561.

⁸⁷ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees (2009), párrafo 73.

Niño y que son elaborados por el Comité de Derechos Humanos, la Oficina del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los Niños y el Conflicto Armado, la Oficina de la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Violencia Sexual en Conflictos y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés)⁸⁸. También es común, en casos que involucran a menores, particularmente a los desacompañados, considerar la situación de cualquier familiar que permanezca en el país de origen, siendo eso posible (aplicación del principio de la «evidencia del riesgo para las personas con una situación similar», aunque ni siempre esa comparación sea correcta en función de diferencias socioeconómicas, culturales, ideológicas, posiciones políticas, contactos con grupos más o menos influyentes, etc. de los diferentes miembros de la familia). Aunque esta técnica se apoye en orientaciones del ACNUR⁸⁹, su utilidad se ve reducida también si la solicitud de protección se fundamenta en una forma de daño específica para el menor o en un motivo de la Convención que solo se aplica al menor. Aunque la experiencia de los miembros de la familia que estén en el país de origen pueda proporcionar un indicador razonablemente creíble del riesgo potencial del solicitante en muchos casos, es comprensible que será más útil cuando se subsuman en un contexto potencialmente comparable al del menor solicitante.

42. La credibilidad es esencial en el proceso de determinación del estatuto de refugiado. Según ACNUR, la existencia de un riesgo objetivo de daño (que variaría en función de las condiciones del país de origen del solicitante, su religión, opinión política o ideológica o su membresía o pertenencia a un grupo social particular, etc.), debería estar respaldado por el principio del «beneficio de la duda»⁹⁰, aplicable a todos los solicitantes (no solo a los menores)⁹¹, aunque debe ser reforzado para los menores desacompañados⁹². De cierto modo, se podría sugerir la posibilidad de que las autoridades nacionales competentes otorguen concesiones probatorias en función de la edad del menor, su madurez y sus capacidades de desarrollo, incluso porque en función de esos factores, existe la posibilidad de que su versión de los hechos sea vaga, ambigua, inconsistente, contradictoria, inverosímil, no cooperativa o distorsionada de la realidad (lo que, en su caso, no debería ser considerado necesaria y automáticamente falta de fiabilidad o credibilidad)⁹³ o porque el menor no ha podido presentar pruebas sobre cada hecho en apoyo de su solicitud de protección internacional.

43. El proceso de determinación del estatuto de refugiado no debe ser comprendido como la posibilidad del Estado sancionar o colocar en desventaja a una persona en situación de vulnerabilidad casi siempre desesperada por garantizar su libertad y su vida, sino como un medio para llegar a una mejor comprensión de los hechos y del contexto del solicitante de la protección internacional⁹⁴. También hay que considerar que los menores, especialmente los de tierna edad, pueden sentirse abrumados o confundidos durante el proceso de determinación del estatuto de refugiado y de sentir la necesidad de exagerar u omitir ciertos detalles de su solicitud ante la autoridad nacional competente que decidirá, de cierto modo, su vida.

⁸⁸ R. K. S. KOHLI, F. MITCHELL y H. CONNOLLY, “An Analysis of the Coverage of Issues Related to Children in Country of Origin Reports Produced by the Home Office”, Paper, Independent Advisory Group on Country Information, octubre 2012, p. 9.

⁸⁹ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafo 218.

⁹⁰ UNHCR Handbook. Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 195 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. HCR/IP/4/Eng/ Rev, 1992, párrafos 203-204 y 219.

⁹¹ Office on the United Nations High Commissioner for Refugees. Geneva. Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, de 16 de diciembre 1998, párrafo 12. Recuperado de <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>

⁹² Office of The United Nations High Commissioner for Refugees. Geneva. Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, febrero de 1997, párrafo 5.11. Recuperado de <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html>

⁹³ UNHCR. The UN Refugee Agency. Guidelines on International Protection n° 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of refugees (2009), párrafo 72.

⁹⁴ *Abebe v The Commonwealth*. High Court of Australia, Document (1999) HCA 14, Decisión de 14 de abril 1999. Recuperado de <https://jade.io/article/68112>. Abordando temas correlatos, *Mejilla-Romero v. Holder*, United States Court of Appeals, First Circuit, n° 08-2336, Decisión de 6 de abril 2010. FindLaw for Legal Professionals. Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1520805.html>

II. Conclusiones

Los principales resultados obtenidos con esta investigación son los siguientes:

Primero. Los Estados suplieron discrecionalmente las omisiones del marco legal internacional para los refugiados, generando distintos diseños y procedimientos nacionales para el otorgamiento de la protección internacional (y, por consiguiente, la determinación del estatus jurídico correspondiente). Similarmente, ante la ausencia de una definición expresa y precisa del término «padre» por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Niño, surgen caminos nacionales diferentes tanto en el campo de la «elegibilidad» como de la protección contra la división de la «unidad familiar». La dispersión normativa y de procedimiento nacional solamente encuentra limitación en el marco internacional más amplio de los derechos humanos y, en el campo procesal, en las garantías contempladas en esa convención.

Segundo. Las autoridades nacionales competentes en la Unión Europea habitualmente «invisibilizan» el menor en las apreciaciones de las solicitudes de protección internacional. Esto se debe, esencialmente, a la arraigada percepción jurídica del principio de «preservación de la unidad familiar». De este modo, la suerte del menor acompañado se vincula a la suerte del solicitante principal, lo que colisiona con su derecho de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que le afecte (según la Convención sobre el Derecho de los Niños, que cuenta con el apoyo de varias directrices emitidas por ACNUR). Además, la evaluación individual por parte de las autoridades nacionales suele exigir un formalismo muchas veces contrario al objetivo y a la esencia humanitaria de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y puede colisionar con el principio de no devolución del solicitante a su país de origen. El asilo al solicitante principal -normalmente el padre- se extiende a los demás miembros de la familia. Lo contrario no ocurre.

Tercero. Aunque los menores no acompañados tengan el derecho de solicitar el estatuto de refugiado en algunos Estados, el tema concerniente a la capacidad de ejercer ese derecho aún es controvertido en muchos lugares. Además, la evaluación separada de la elegibilidad de un menor puede eventualmente romper la unidad familiar (en virtud de la no extensión a los demás miembros de la familia de un eventual otorgamiento del estatus de refugiado) lo que contrariaría tanto la letra como la esencia de la norma internacional.

Cuarto. La adopción estricta del criterio del «miedo fundado» y su conexión con un riesgo real prospectivo por las autoridades competentes puede afectar negativamente al solicitante y aún más, por su propia condición, al menor. Lo mismo ocurre relativamente al criterio del «riesgo objetivo», que puede conducir a situaciones injustas e incluso a la devolución del solicitante a su país de origen (las dificultades de demostración y prueba de la existencia de un riesgo prospectivo creíble de daño real pueden ser insuperables para el solicitante de la protección, a quien predominantemente incumbe la prueba).

Considerando todos esos elementos, se propone lo siguiente:

- Que el menor acompañado sea escuchado en el proceso que le afecte.
- Que el menor desacompañado o separado pueda solicitar la protección internacional.
- Que el principio de la unidad familiar sea flexibilizado en función del interés superior del menor.

ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA MATRIMONIAL: EL TEST CONFLICTUAL Y MATERIAL A TENER EN CUENTA PARA QUE UN ACUERDO PREMATRIMONIAL SUPERE UNA REVISIÓN JUDICIAL ANTE TRIBUNALES ESPAÑOLES

PREMARITAL AGREEMENTS IN ANTICIPATION OF MARITAL BREAKDOWN: THE CONFLICTUAL AND MATERIAL TEST TO TAKE INTO ACCOUNT SO THAT A PRENUPTIAL AGREEMENT PASSES A JUDICIAL REVIEW BEFORE SPANISH COURTS

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 31.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4615>

Resumen: Los acuerdos prematrimoniales internacionales en previsión de ruptura son acuerdos cada vez más utilizados. Sin embargo, su frecuencia no hace que sean acuerdos fáciles a la hora de su ejecución. Esta situación suele tener lugar porque tras la ruptura uno de los cónyuges no suele estar de acuerdo con lo establecido años atrás en el acuerdo prematrimonial. En el caso de que el peor escenario se plantee y sea necesario acudir a los tribunales, es importante tener en cuenta qué aspectos o requisitos son importantes para que el acuerdo supere una revisión judicial. Estos requisitos se van a plantear desde una doble vertiente: conflictual y material.

Palabras clave: acuerdo prematrimonial, divorcio, régimen económico matrimonial, ley aplicable.

Abstract: International prenuptial agreements in anticipation of rupture are increasingly used agreements. However, their frequency does not make them easy agreements at the time of their enforcement. This situation usually takes place because after the divorce one of the spouses does not usually agree with what was established years ago in the prenuptial agreement. In the event that the worst scenario arises and it is necessary to go to court, it is important to consider what aspects or requirements are important for the agreement to pass judicial review. These requirements will be raised from a double perspective: conflictual and material.

Keywords: prenuptial agreement, divorce, matrimonial property regime, applicable law.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de acuerdo prematrimonial. III. La revisión de los acuerdos prematrimoniales ante jueces españoles: ¿Cómo elaborar un acuerdo prematrimonial eficaz a prueba de revisiones judiciales posteriores tanto desde una perspectiva conflictual como material?. 1. Aproximación inicial. 2. Requisito 1: la capacidad de las partes. A) La determinación de la Ley aplicable a la capacidad de las personas físicas. B) El derecho español como Ley aplicable a la capacidad. 3. Requisito 2: forma del acuerdo. A) Aspectos relativos a la Ley aplicable. B) Cuestiones materiales. 4. Requisito 3: el consentimiento. 5. Requisito 4. El contenido del acuerdo no puede da-

ñar el orden público, la moral ni la ley. A) Determinación del Derecho aplicable al fondo del acuerdo prematrimonial. B) El contenido del acuerdo prematrimonial desde el Derecho material español: Límites generales a la autonomía de la voluntad: el orden público, la ley y la moral.⁶ Requisito 5: análisis de las circunstancias al momento de la ejecución. A) Alteración sobrevenida de las circunstancias y grave perjuicio. A) Acuerdos con especial transcendencia al momento de la ejecución del acuerdo: cláusulas en los que se renuncian a derechos futuros y pactos en los que se atribuye una prestación patrimonial no reconocida por la ley. a) La renuncia anticipada a la prestación compensatoria. b) la renuncia al uso de la vivienda familiar. c) la reciente sentencia del TS de 30 de mayo de 2018. d) Pactos en los que se atribuye una prestación patrimonial no exigida por la ley. c) Pactos indemnizatorios. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Los acuerdos prematrimoniales donde se prevén los efectos de una posible ruptura son cada vez son más frecuentes en la actualidad. Los matrimonios mixtos, los matrimonios deslocalizados, las segundas y sucesivas nupcias, la concepción actual del matrimonio y el fácil acceso al divorcio, entre otras, son las razones que dan lugar que cada vez sea más habitual que jueces, abogados y notarios tengan que revisar o asesorar sobre este tipo de pactos.

2. El escenario del que partimos para elaborar el presente trabajo es el siguiente: un futuro matrimonio realiza un acuerdo antes del enlace, en él se renuncian a derechos, se recoge una indemnización en caso de infidelidad de alguno de ellos y se establece el régimen económico matrimonial. El problema aparece cuando surge la separación o el divorcio. Uno de ellos no está conforme con lo firmado, considerando que el pacto es nulo y que no puede desplegar efectos. En este caso, los cónyuges al no llegar a un consenso sobre posibles modificaciones al mismo, deciden acudir a la vía judicial para que sea un juez el que decida si ese acuerdo firmado años atrás puede desplegar efectos en el presente. Sin embargo, esta opción no tiene por qué tranquilizar a las personas a las que les afecta el acuerdo. Las cuales pueden ser no sólo cónyuges, también podrían ser sus hijos o sus acreedores. Esta intranquilidad es consecuencia de un interrogante y es si el acuerdo va a superar o no la revisión judicial.

Para que esa revisión se supere, ya que con ese fin en principio se supone que se firmó el acuerdo, consideramos que a la hora de prestar asesoramiento es necesario tener en cuenta las circunstancias de los cónyuges en las que se firmó el acuerdo y también las circunstancias en el momento de su revisión judicial. Pero legamente no podemos dejarlo todo en manos de las circunstancias. Así, consideramos que un asesoramiento de calidad debe tener como pilar la precisión jurídica. De este modo, con el fin dar un asesoramiento preciso tanto a la pareja que está pensando en firmar un *prenup* como a la que se ve envuelta en un proceso judicial para defenderlo o atacarlo es necesario tener en cuenta los requisitos o criterios que vamos a explicar a lo largo del presente estudio.

3. Este trabajo se aborda partiendo de la idea de que el acuerdo que es necesario revisar ante un juez es un acuerdo prematrimonial internacional. Un acuerdo, en el que por una razón u otra (nacionalidad de las partes, residencia habitual...), contiene un elemento extranjero. De hecho, si se analiza la jurisprudencia, es notorio que un alto porcentaje de los acuerdos prematrimoniales que llegan a los tribunales españoles presentan algún elemento extranjero. Prueba de ello es la última sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) sobre acuerdos prematrimoniales de mayo del año 2018¹. En ella se puede observar como el acuerdo prematrimonial se celebró entre rusa y español.

Por ese motivo, consideramos necesario incluir en el estudio un análisis internacional privatista de los acuerdos prematrimoniales. Para desarrollar este análisis es necesario precisar desde el inicio, que como ya defendimos en anteriores trabajos², que nuestra visión es que en la medida de lo posible siempre que el ámbito de aplicación de la norma de conflicto sobre efectos del matrimonio lo permita

¹ STS de 30 de mayo de 2018, nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925.

² I. ANTÓN JUÁREZ, "Los acuerdos prematrimoniales en Derecho Internacional privado español", *Revista de estudios socio jurídicos*, Bogotá (Colombia), enero 2019, pp. 68-77.

sería deseable que la Ley aplicable para determinar la validez del acuerdo prematrimonial sea una única ley. La Ley del mismo ordenamiento jurídico. Somos conscientes de que hay doctrina que ha planteado una opinión opuesta. Estos autores han planteado que el fraccionamiento de ley es una opción viable para determinar el derecho aplicable al acuerdo prematrimonial³. Este argumento es lógico debido a las diferentes cláusulas sobre distintas materias que puede contener un acuerdo prematrimonial. Sin embargo, entendemos que siempre que se pueda aplicar una única ley, siendo ésta la ley que rige el régimen económico matrimonial, sería la opción más plausible desde un punto de vista práctico. Por esta tesis que sostenemos de unidad de ley, la norma de conflicto principal que se va a utilizar para determinar si un acuerdo es válido cuando tengamos que analizar la validez material va a ser el art. 9.3 CC o 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, RREM)⁴.

No obstante, somos conscientes de que en la actualidad, donde el Derecho internacional privado, es cada vez más europeo y, por tanto, menos nacional, esta postura de aplicar la misma ley a todo el acuerdo prematrimonial puede tener un difícil encaje cuando se trata de acuerdos que contienen cláusulas muy distintas entre sí. Cláusulas de diversa naturaleza jurídica (*ad ex.* se renuncia a la pensión compensatoria y al mismo tiempo se fijan medidas relativas al cuidado de los hijos), escapándose alguna de ellas del ámbito de aplicación del RREM. En ese caso, tendremos que ver de que cláusula concreta se trata y analizarla desde un punto de vista conflictual y también material. Esto podría dar lugar a que en el acuerdo se aplicaran leyes de dos ordenamientos diferentes. A nuestro juicio, el reto jurídico que plantea este escenario no es sólo por el hecho de que se apliquen varias leyes al acuerdo prematrimonial sino también por las calificaciones que desde el plano conflictual deben hacerse a esas cláusulas del acuerdo para llegar a la norma de conflicto idónea que permita determinar el Derecho aplicable al mismo. Estas cuestiones se estudiarán en posteriores trabajos, no siendo objeto del presente en el que nos encontramos.

II. El concepto de acuerdo prematrimonial

4. Los acuerdos prematrimoniales son pactos o contratos entre futuros cónyuges que suelen tener como finalidad la regulación de los efectos económicos o incluso personales de una posible ruptura matrimonial futura⁵. Su origen es anglosajón, aunque como se estudiará más adelante son regulados en algunos ordenamientos forales como el catalán y cada vez más aceptados por nuestros tribunales. Una de las

³ Vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho Internacional privado", *AEDIPr*, t.X, 2010, pp. 462-469; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", *Derecho Internacional Privado*, decimoséptima ed., vol. II, pp. 259-261.

⁴ DOUE L 183/1, de 8 de julio de 2016.

⁵ Sobre el concepto de acuerdos prematrimoniales en la doctrina española, L. AGUILAR RUIZ, "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, pp. 107-108; I. ANTÓN JUÁREZ, "Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.7, núm. 1, marzo 2015, pp. 5 y ss.; F. J. COLAO MARÍN, Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil español, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 25-29; M.^a P. GARCÍA RUBIO, "Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil", *Anuario de Derecho civil*, IV, 2003, p. 1655; J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, "Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de familia*, n.º 81, julio 2008, p. 11; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 78 y ss.; M. MEDINA ALCOZ, "Pactos prematrimoniales, «pacta sunt servanda» y modificación sobrevenida de las circunstancias", en M. PEREÑA VICENTE/ P. DELAGADO MARTÍN (Dir.) *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 773-774; A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex nova, Valladolid, 2009, p. 43; En la doctrina extranjera, C. BIEMMILLER, «The uncertain enforceability of prenuptial agreements: Why the «extreme» approach in Pennsylvania is the right approach for review», *6 Drexel Law Review*, 133, 2013-2014, pp. 137 y ss; B. CLARK, «Prenuptial contracts in English Law: capricious outcomes or legislative clarification», *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 32, n.º 3, September 2010, p. 237; B. HALE, «Equality and autonomy in family law», *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 33, n.º 1, March 2011, pp. 3-14; N. LOWE, «Prenuptial Agreements», *Indret*, 1, 2008; J.M SCHERPE, «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino», *Indret*, 2012, pp. 5 y ss; ID., "Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective", en J.M SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, p. 487.

razones de porque esto es así es debido a que en el ordenamiento español se admite legalmente desde hace mucho tiempo que los cónyuges pueden hacer pactos que regulan los efectos económicos de su matrimonio⁶. Uno de ellos es la posibilidad de que los cónyuges modifiquen el régimen económico matrimonial supletorio⁷. No hay que olvidar que en el ordenamiento jurídico español existe un negocio jurídico concreto para canalizar los acuerdos entre cónyuges, las capitulaciones matrimoniales (arts. 1325-1335 CC)⁸.

5. Los capítulos matrimoniales se pueden celebrar antes o después del matrimonio (art. 1326 CC), y mucho del contenido que se señala en capitulaciones matrimoniales puede coincidir con un acuerdo prematrimonial y convertirse, en realidad, en instrumentos homogéneos. Es así porque la mayoría de la doctrina civilista española ha aceptado un concepto amplio de capítulos matrimoniales⁹. De este modo, se acepta que en las capitulaciones matrimoniales se puedan hacer previsiones económicas que van más allá de lo relativo al régimen económico matrimonial, quedando incluidos aspectos que se refieran también a prever los efectos de una futura ruptura¹⁰.

6. Aun así, no hay que olvidar que las capitulaciones matrimoniales tienen una restricción en cuanto a la forma, ya que se exige legalmente la necesidad de que se formalicen en escritura pública (art. 1327 CC). Sin embargo, esa rigidez formal, como posteriormente estudiaremos, no se puede predicar a la luz del ordenamiento jurídico español que recaiga también sobre los acuerdos prematrimoniales que

⁶ La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975), es la que introdujo aspectos tan trascendentales como que la mujer tuviera capacidad jurídica y, por tanto, que pudiera actuar en el tráfico económico sin la representación de su marido o la legalidad de realizar capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio. La posterior entrada en vigor de la Constitución española y de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981), determinó que partir de esta época es cuando se podría legalmente hablar de la posibilidad de realizar un acuerdo prematrimonial en el ordenamiento español.

⁷ Muy interesante la reflexión sobre que la novedad de los acuerdos prematrimoniales es más aparente que real que realiza la prof.^a M^a D. CERVILLA GARZÓN en “Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura en nuestro derecho actual. A propósito de la Sentencia del TS de 24 de junio de 2015”, C. LASARTE/M^a.D. CERVILLA, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 229-230. La autora señala que en el ordenamiento jurídico español ha existido la tradición de que los futuros cónyuges puedan incluso antes de haber celebrado el matrimonio cambiar el régimen legal supletorio por otro que consideren más adecuado para ellos. Esta autonomía de la voluntad de los cónyuges en relación al régimen económico matrimonial no se prevé en otros ordenamientos extranjeros como el inglés o el estadounidense, ya que en ellos simplemente no existe (salvo en el Estado de California y Louisiana) la figura del régimen económico matrimonial. Así, por ese motivo, en los años 70 del pasado siglo en atención a los diferentes asuntos que llegaban a los tribunales se fue forjando un régimen jurídico sobre los acuerdos entre cónyuges. La realidad es que no le falta razón a la citada autora. En el ordenamiento inglés y también en el estadounidense estos acuerdos se consideraban contrarios al orden público por considerar que al hacer previsiones relativas antes del matrimonio respecto a un posible divorcio iba en contra del orden público por fomentar las rupturas. Hoy en día, esa visión está superada. Para un mayor detalle sobre cómo regulan estos ordenamientos los acuerdos prematrimoniales *vid. ad ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1, pp. 7-32. *Vid. también.* M^a.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 57-143.

⁸ Sobre las capitulaciones matrimoniales *vid. sin carácter exhaustivo*, V. GUILARTE GUTIÉRREZ/ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO/C. MARTÍNEZ ESCRIBANO/ N. RAGA SASTRE, “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón del matrimonio”, en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp.491- 665.

⁹ A. CABANILAS SÁNCHEZ, “Comentario al art. 1325 del Código Civil”, en A. CAÑIZARES LASO/ P.DE PABLO CONTRERAS CRESPO/ F.J. ORDUÑA MORENO/M^a R. VALPUESTA MORENO (Dirs.), *Código Civil Comentado*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 837-838; L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, págs. 2376 y 2377; M^a.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 33; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, nº 81, julio 2008, p. 11; V. GUILARTE GUTIÉRREZ/ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO/ C. MARTÍNEZ ESCRIBANO/ N. RAGA SASTRE, “Las capitulaciones matrimoniales. Las donaciones por razón del matrimonio”, en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 493-495; A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión de la ruptura matrimonial”, *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Aranzadi, 2008, p. 741; L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona*, Tomo 4, Bosh, Barcelona, 2007. p. 31.

¹⁰ *Vid. sobre este particular*, E. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 140.

solo tienen como objetivo hacer previsiones sobre una posible ruptura. Dicho pacto se podría contener en un acuerdo privado y podría ser formalmente válido.

7. Por esa libertad de forma y también de fondo que vamos a ir apreciando a lo largo del trabajo que reina en el Derecho civil español, los acuerdos prematrimoniales son cada vez negocios jurídicos más presentes en nuestros días. Los acuerdos que prevén los efectos de una futura crisis matrimonial no sólo pueden realizarse antes de que el matrimonio se celebre. También es posible que los pactos en previsión de ruptura se celebren durante el matrimonio incluso una vez que la crisis ha tenido lugar¹¹. De este modo, sería posible diferenciar en atención al criterio temporal entre los acuerdos prematrimoniales, los acuerdos matrimoniales y los acuerdos celebrados una vez existe la crisis matrimonial. En particular, el objeto del presente estudio se centra en el análisis de los pactos que se formalizan entre los cónyuges antes de la celebración del matrimonio y con el objetivo de prever una futura crisis matrimonial. Como ya ha señalado la doctrina, los pactos prematrimoniales son prospectivos y previsores¹². Se celebran antes de contraer matrimonio. Su objetivo es prever problemas que pueden surgir con una ruptura matrimonial e intentar dar soluciones de forma anticipada sin necesidad de que sea un tercero (un juez) el que deba decidir por los cónyuges¹³.

III. La revisión de los acuerdos prematrimoniales ante jueces españoles: ¿Cómo elaborar un acuerdo prematrimonial eficaz a prueba de revisiones judiciales posteriores tanto desde una perspectiva conflictual como material?

1. Aproximación inicial

8. Los acuerdos prematrimoniales debido a la materia sobre la que versan y por quiénes se realizan hace necesario que se tenga presente en el momento de su celebración disposiciones que van más allá de lo aplicable de forma general a los contratos (art. 1255 CC¹⁴ o del art. 1328 CC¹⁵). Sin embargo, esa necesidad de unos requisitos “extras” o adicionales para que puedan desplegar eficacia los acuerdos prematrimoniales, no se recoge en la legislación civil común. Esto es así debido a que en la misma no hay una regulación expresa sobre los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura¹⁶. No sucede lo mismo en determinadas legislaciones forales, como la catalana, donde en el art. 231.20 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia* recoge expresamente los requisitos que debe tener un acuerdo en previsión de ruptura, por ende, un acuerdo prematrimonial para ser considerado válido¹⁷.

¹¹ SAP Girona (sección 1ª) núm. 369/2013 de 1 de octubre de 2013, ECLI:ES:APGI:2013:858, FJ 3º.

¹² M. MEDINA ALCOZ/Mª. M. HERAS HERNÁNDEZ/ M. IGLESIAS CARIDAD, “Capitulaciones Matrimoniales, Pactos prenupciales y pactos de organización de las parejas estables no casadas”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Vol. IV, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 480. Anteriormente ya había señalado estas características, M.P. GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *Anuario de Derecho civil*, IV, 2003, p. 1655.

¹³ Resulta curiosa una tendencia actual, al menos presente en EE.UU., que consiste en la realización de acuerdos prematrimoniales que tienen como objetivo paliar los efectos de un posible divorcio pero los futuros contrayentes exigen a sus abogados que no incluyan la palabra divorcio en el texto del acuerdo, *Vid* sobre este particular, M. CUSHING DOHERTY, <<Romantic Premarital Agreements: Solving the Planning Issues Without “The D Word”>>, *American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 29, nº 1, 2016, donde la autora señala que pueden existir diferentes motivos por los que los futuros contrayentes no quieren incluir la palabra divorcio en su acuerdo prematrimonial, entre los mismos *ad ex.*, profesar una determinada religión.

¹⁴ “Los contratos pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”.

¹⁵ “Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

¹⁶ Esta cuestión ya lo abordamos previamente en I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley...”, p. 33; También lo ha señalado más doctrina *vid ad ex.* F. LACABA SÁNCHEZ, “Pactos prematrimoniales (en previsión de ruptura)”, *Revista de Derecho vlex*, nº 148, septiembre 2016, p. 2; A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura conyugal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 127.

¹⁷ BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

9. A pesar de carecer de regulación expresa en el Derecho civil común, los acuerdos celebrados antes del matrimonio en previsión de un posible divorcio o separación son acuerdos ampliamente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia debido a que es un reflejo del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad por los cónyuges. No obstante, y como señalábamos, aunque la admisión de estos acuerdos no se discute en la actualidad. Sí que es cierto que, en ocasiones, no se tiene claro, especialmente por parte de los asesores que tienen que redactar este tipo de pactos sobre la eficacia de los mismos cuando ha transcurrido un tiempo considerable desde que se celebraron.

El motivo de esa incertidumbre suele ser porque el acuerdo debe enfrentarse a una revisión judicial debido a que en el momento de su ejecución una de las partes no quiere que lo ahí dispuesto despliegue efectos. Este desacuerdo hace que la intervención de los tribunales esté asegurada. Así, con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes que pudieran estar interesadas en este tipo de pactos, y con el fin de ofrecer un asesoramiento preciso, se ha podido llegar (tras el estudio de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la materia) a un posible test que permitiría analizar *ex post* si un acuerdo prematrimonial puede desplegar efectos en el ordenamiento jurídico español en atención a las normas de Derecho internacional privado españolas y Derecho civil común español. Como ya advertíamos al inicio, hacemos referencia a las normas de Derecho internacional privado porque muchos de los acuerdos que llegan a los tribunales son celebrados en el seno de matrimonios mixtos matrimonios deslocalizados.

Desde nuestro punto de vista, cuando se realiza un acuerdo prematrimonial con elemento extranjero, la cuestión se complica. Esto es así porque ya no sólo se debe tener en cuenta el ordenamiento por el que se rige el pacto sino también los posibles tribunales que podrían acabar revisando el acuerdo. Y éstos no tendrían por qué ser los del ordenamiento que rige el pacto. De este modo, las consideraciones de Derecho internacional privado, de Derecho material comparado y las del propio ordenamiento pueden llegar a ser igual de importantes a tener en cuenta a la hora de prestar asesoramiento sobre un pacto prematrimonial internacional.

10. A nuestro entender, este test que vamos a exponer no es en todos sus aspectos es imperativo. El no cumplimiento de algunos de los criterios que vamos a analizar no implica que el acuerdo no pueda ser considerado válido y eficaz por un juez en atención al Derecho español y las circunstancias del caso concreto. No obstante, la realidad es que si un acuerdo prematrimonial cumple con los aspectos que vamos a señalar las probabilidades de superar una posterior revisión judicial ante jueces españoles son muy altas.

11. Este test básicamente consistiría en analizar determinados criterios en dos momentos diferentes: al momento de la celebración del acuerdo y al momento de la ejecución.

En el *momento de la celebración*, como ya ha señalado la doctrina civilista española, sería necesario precisar cómo se forjó ese consentimiento, cual fue la forma de celebración del acuerdo y si las partes contaron con capacidad suficiente para celebrarlo¹⁸.

En cuanto al *momento de la ejecución del acuerdo*, es necesario verificar en atención al contenido del acuerdo qué circunstancias tienen los cónyuges en ese momento y si difieren o no de las que existían al momento de celebrar el acuerdo. Así, en esta fase será importante tener dos reglas presentes: *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*.

2. Requisito 1: la capacidad de las partes

A) La determinación de la Ley aplicable a la capacidad de las personas físicas

12. En cuanto a la capacidad, señalar que desde un punto de vista internacional privatista, es necesario tener en cuenta las normas españolas de Derecho internacional privado en cuanto a la capacidad de las personas físicas. De forma breve, simplemente señalar que, en relación a todos los

¹⁸ *Per alia, vid.* A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, pp. 133 y ss.

aspectos relativos al régimen económico matrimonial va a ver a partir del 29 de enero de 2019 un sistema doble sobre la materia. Así, para los matrimonios celebrados con anterioridad a esa fecha se van a aplicar las normas de Derecho internacional privado españolas creadas por el legislador español, estas serían los arts. 9.2 y 9.3 CC. Sin embargo, para los matrimonios posteriores a esa fecha se van a aplicar las normas de Derecho internacional privado europeas contenidas en el RREM. De hecho, pueden existir un tercer grupo de matrimonios donde sus efectos queden regidos por los dos sistemas. Esto sucede cuando el matrimonio se ha celebrado con anterioridad al 29 de enero de 2019 pero han elegido posteriormente y a través de capitulaciones matrimoniales la ley aplicable a su régimen económico. En este último caso, las normas de Derecho internacional privado nacionales determinarán el régimen económico matrimonial desde la celebración del enlace hasta la aplicación del RREM (29 enero 2019) y las normas de derecho internacional privado europeas (RREM) desde la fecha de su aplicación hasta la disolución del régimen¹⁹.

13. Volviendo a la ley aplicable a la capacidad, debido a que este aspecto está excluido del ámbito de aplicación material del RREM (art. 1.2.a.) la norma de conflicto para determinar el Derecho aplicable con el fin de determinar si una persona física ostenta capacidad para celebrar un acuerdo prematrimonial sería el art. 9.1 CC²⁰. Esta norma señala que la capacidad se rige por la Ley nacional de las personas físicas²¹.

No obstante, no toda la doctrina, ha apoyado que sea la Ley personal la ley que rijan la capacidad de los contrayentes para celebrar acuerdos matrimoniales²². Desde hace tiempo se ha propuesto que sea la Ley aplicable a la validez del acuerdo celebrado entre los cónyuges. Esta opción resulta positiva cuando la ley aplicable a la capacidad y la ley aplicable a la validez del negocio jurídico no coinciden y además presentan exigencias diferentes²³. También esta visión es interesante para reforzar la tesis de que sea una única ley la aplicable al acuerdo prematrimonial para determinar su validez. En definitiva, sea la ley personal de los futuros cónyuges o la ley aplicable a la validez del negocio jurídico lo importante es que la autoridad competente pueda comprobar que las partes disponían de capacidad jurídica para celebrar el acuerdo prematrimonial y evitar situaciones jurídicas claudicantes.

14. Así, por tanto, utilizando el punto de conexión de la ley nacional se podría plantear en el siguiente ejemplo: la Sra. Lorena Díaz de nacionalidad española y el Sr. John Smith de nacionalidad filipina firman un acuerdo prematrimonial en el Estado de California en noviembre de 2017. Ambos acuerdan que sea el Derecho de ese *State* el que rijan el acuerdo, ya que esa es la residencia habitual de ambos al momento de la firma del pacto. Tras escasamente un año de matrimonio, la esposa solicita el divorcio ante tribunales españoles y solicita que se cumpla una de las disposiciones del acuerdo donde se señala que ella tras un divorcio sería titular en un 15% de un fondo de inversión ubicado en Las Bahamas. El juez español para determinar cualquier cuestión relativa al pacto prematrimonial debe determinar si éste es válido. El primer requisito a comprobar es si los cónyuges disponían de capacidad. El juez español debe aplicar sus normas de Derecho internacional privado para determinar la Ley aplicable al acuerdo. El art. 9.1 CC llevará al juez español a aplicar el Derecho español para la esposa y el Derecho filipino para el esposo. Estas leyes aplicables a la capacidad, sin embargo, no van a coincidir con la Ley aplicable al acuerdo, que en principio va a ser el Derecho del *State* de California.

¹⁹ Ya advierte sobre ello B. AÑOVEROS TERRADAS, "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *AEDIPr.*, t. XVII, 2017, pp. 832-833

²⁰ Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, "Los acuerdos prematrimoniales en Derecho Internacional privado español", *Revista de estudios socio jurídicos*, Bogotá (Colombia), enero 2019, pp. 74-75.

²¹ Para un mayor detalle sobre la ley que debe regir la capacidad de los contrayentes para celebrar acuerdos matrimoniales vid. P. DIAGO DIAGO, Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional privado, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 77-90.

²² M. A. AMORES CONRADÍ, "La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, (11-12), 1991, pp. 79-84.

²³ Cuando se da esta situación la doctrina internacional privatista ya ha previsto soluciones, vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial*, Comares, Granada, 2002, p. 74.

15. En contraposición, teniendo en cuenta como punto de conexión la Ley aplicable a la validez del contrato, podríamos plantear este otro ejemplo: el Sr. Gonzalo Ramírez, nacional español y la Sra. Mayer de nacionalidad inglesa, acuerdan un pacto prematrimonial pocos días antes de su enlace, febrero de 2019. El citado acuerdo señala que la Ley aplicable al mismo es el Derecho inglés. Este acuerdo tiene un fin concreto y es proteger el patrimonio privativo de la futura esposa. Ella, hija de un rico empresario inglés del mundo audiovisual, no quiere que en caso de divorcio pueda verse expuesta a algún tipo de reclamación por parte de su futuro esposo que haga que su patrimonio pueda disminuir. Tras el enlace, la pareja fija su residencia habitual en España. En el caso hipotético de una posible ruptura tras varios años de matrimonio y que no haya acuerdo en la ejecución de ese pacto prematrimonial, será un juez el que deba decidir sobre la validez del mismo. Como ya se ha sostenido, el primer requisito para determinar la validez, es precisar si las partes tenían capacidad para celebrar el acuerdo. Si seguimos la tesis de que debe ser la Ley que rige la validez del acuerdo la que determine si las partes tenían capacidad para la realización de ese negocio jurídico será necesario acudir al Derecho inglés. En el caso de que esa elección de ley sea válida, va a tener una función doble. El Derecho inglés va a servir para determinar la capacidad de las partes pero también la validez material del acuerdo.

B) El Derecho español como derecho material aplicable a la capacidad

16. En particular, en el caso del Derecho español, para determinar si una persona es capaz para celebrar un acuerdo prematrimonial ésta debe ser mayor de edad y disponer de plena capacidad de obrar. No obstante, también hay que señalar los arts. 1329 y 1330 CC. Estos preceptos permiten que el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse pueda también otorgar capitulaciones matrimoniales, pero necesitará la autorización de sus padres o tutor, salvo que el pacto vaya dirigido simplemente a modificar el régimen económico matrimonial. En el caso del incapacitado judicialmente, sólo podrá otorgar capitulaciones con la asistencia de sus padres, tutor o curador. Hay doctrina que precisa que lo señalado en cuanto a la capacidad debería aplicarse sólo en el caso de pactos que regulan aspectos económicos²⁴. Así, en el caso de que el acuerdo recogiera aspectos personales debería el acuerdo ser celebrado en todo caso por personas mayores de edad y con plena capacidad de obrar debido a la trascendencia que pueden presentar para los futuros contrayentes tales disposiciones personales²⁵.

3. Requisito 2: forma del acuerdo

A) Cuestiones de Derecho Internacional privado

17. Desde un punto de vista internacional privatista, para saber cuál es la Ley aplicable a la forma de un acuerdo prematrimonial internacional es necesario tener presente el momento temporal en el que se celebró el acuerdo. Si éste se celebró con anterioridad del 29 de enero de 2019 será de aplicación el art. 11 CC²⁶. Sin embargo, si el acuerdo se celebró con posterioridad a dicha fecha será de aplicación el art. 25 RREM. Aunque en este Reglamento europeo no se señala de forma expresa a los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura, ya que en su texto de la versión española recoge el término “capitulaciones matrimoniales”. Consideramos que los acuerdos prematrimoniales hasta que se pronuncia el TJUE al respecto y lo haga en sentido contrario, entendemos que podrían tener cabida dentro de ese término de acuerdos entre cónyuges que maneja el RREM en lo relativo a las previsiones relativas al régimen económico matrimonial.

18. Así, por lo tanto, en el citado art. 25 RREM el legislador europeo recoge una serie de requisitos mínimos que los acuerdos entre cónyuges deberían seguir cuando es de aplicación el citado Reglamento europeo. Estos requisitos formales, que serán exigibles a partir del 29 de enero de 2019, a los acuerdos prematrimoniales internacionales que se celebren en España o en algunos de los otros

²⁴ C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Pactos prematrimoniales, Tecnos, Madrid, 2011, p. 212.

²⁵ *Ibidem*, p. 212.

²⁶ Para un mayor detalle sobre este precepto *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los acuerdos prematrimoniales...”, p. 76.

quince Estados partes de la cooperación reforzada, son los siguientes: 1) el acuerdo debe constar por escrito; 2) debe recoger la fecha de su celebración; 3) el acuerdo debe ser firmado por ambos cónyuges. Además, el mismo art. 25 recoge que el acuerdo debe ser válido formalmente en atención a la Ley del Estado miembro de la residencia habitual común o de cualquiera de los cónyuges en el momento de la celebración del acuerdo y que si la Ley que rige el régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales dichos requisitos son de aplicación²⁷.

B) Cuestiones materiales

19. En atención al derecho material español, lo que se verifica es si el acuerdo se ha celebrado ante notario, y por tanto, se ha elevado a escritura pública o es un acuerdo privado entre los cónyuges. Como ya ha señalado, la mayoría de la doctrina civilista española está de acuerdo en que existe la libertad de forma en la realización de los acuerdos prematrimoniales²⁸. Éstos podrían ser perfectamente válidos si se redactan por escrito en documento privado sin necesidad de acudir al notario.

20. Desde nuestro punto de vista, es recomendable acudir al notario para celebrar un acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura. Esta recomendación descansa especialmente en la labor de asesoría que puede ejercer el notario²⁹. Éste les puede advertir de aspectos que pueden ser controvertidos y que pueden plantear problemas de validez en un futuro. Además, es una vía idónea para poder probar el acuerdo y para poder inscribirlo posteriormente en algún registro público como en el Registro de la Propiedad³⁰. El hecho de acudir al notario a celebrar el acuerdo implica unas garantías de validez para el tribunal de las que el pacto privado carece³¹. Se podría decir que la forma pública del acuerdo tiene un impacto directo en percepción del juzgador sobre el acuerdo. El juez al celebrarse el acuerdo ante notario tiene una mayor garantía de que los futuros cónyuges ostentaban capacidad para realizar el acuerdo y estaban prestando el consentimiento sobre un negocio que les había explicado previamente.

4. Requisito 3: el consentimiento

A) Aspectos relativos a la Ley aplicable

21. En relación a la determinación de la Ley aplicable al consentimiento dicha Ley debería ser la misma que se aplica para determinar la validez material del acuerdo (art. 24 RREM). Posteriormente nos

²⁷ Para un estudio más detallado sobre el RREM, *vid* sin carácter exhaustivo en la doctrina internacional privatista española P. QUINZÁ REDONDO, Régimen económico matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO PRIETO (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583-591. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial de las parejas registradas”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol II, decimotava edición, Comares, Granada, pp. 161-226. En la extranjera, *vid. ad ex.*, K. BOELE-WOELKI, “Property relations of international couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments”, en *Grenzen Überwinden, Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd Hoffmann*, 2011, pp. 63-72; I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes, some general remarks” *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 199-215.

²⁸ *Per alia vid* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, Pactos prematrimoniales..., pp. 208-209.

²⁹ A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 141; *Vid.* también, A. SERRANO DE NICOLÁS, “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en R. BARRADA ORELLANA/M. GARRIDO MELERO/S. NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosh, 2011, p. 359.

³⁰ M^a. P. GARCÍA RUBIO, <<Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil>>, *Anuario de Derecho civil*, IV, 2003, p. 1660.

³¹ Que la forma en la que se adopta el pacto prematrimonial es relevante y que presenta garantías ha sido señalado por la doctrina desde hace tiempo *vid ad ex.* S. GASPAR LERA, “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. III, p. 1072; C. PINTO ANDRADE, “La genérica validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *Revista de Derecho de familia*, n^o 49, 2010, p. 71; E. ROCA TRÍAS, “Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de crisis”, en J. M. ABRIL CAMPOY/M.E. AMAT LLARI (Coords.), *Home-naje al Profesor Lluís Puig i Ferrrol*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2116-2117.

detendremos en ella cuando se analice el contenido del pacto prematrimonial. Esta es la línea que siguen otros Reglamentos europeos como el *Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante, Roma I) que considera que para saber si las partes han prestado su consentimiento a un contrato es necesario aplicar la ley que rige la validez del contrato³².

22. Para los acuerdos que se celebraron con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento europeo también consideramos que se debería aplicar la Ley aplicable a la validez del acuerdo, ya que es una ley que facilita la labor del juez³³. No obstante, señalar que hay doctrina que ha considerado que la Ley aplicable para determinar el consentimiento debería ser la Ley nacional, de la misma manera que sucedería con la capacidad³⁴.

B) Aspectos materiales sobre el consentimiento

23. Si el Derecho aplicable al consentimiento resultara el Derecho material español, se puede señalar que como consecuencia de esa naturaleza “especial” de los acuerdos prematrimoniales, se puede decir que si se cumplen determinados aspectos se podría presumir que los futuros cónyuges han prestado un *consentimiento informado*. Estos aspectos serían básicamente dos³⁵: 1) Asesoramiento legal independiente; 2) Conocimiento de la situación financiera entre los cónyuges.

Estos criterios no sólo los ha tenido presentes la doctrina, también así se han recogido por el legislador catalán (art. 231-20 Código Civil de Cataluña) evidentemente influenciado por el Derecho de algunos *States* de Estados Unidos. Otro criterio o indicio para probar que el consentimiento se forjó libremente y sin vicios es que haya transcurrido un tiempo (días, semanas o incluso meses), entre la celebración del acuerdo prematrimonial y la celebración del enlace. Ese tiempo permitiría presumir que el pacto no se celebró apresuradamente y en un estado emocional que permitía conocer a los futuros cónyuges el documento que firmaban. A nuestro juicio, siguiendo a la jurisprudencia³⁶ y también a la doctrina³⁷ entendemos que es un criterio orientador para el Derecho español³⁸. El transcurso de un tiempo entre la celebración del acuerdo y el enlace es recomendable pero en ningún caso un aspecto que pudiera hacer nulo el acuerdo.

24. En cuanto al *asesoramiento legal independiente*, decir que este es especialmente necesario cuando uno o ambos cónyuges no tienen conocimientos jurídicos. En nuestra opinión, el asesoramiento legal resultaría muy aconsejable, en prácticamente todos los casos. Esto lo consideramos así porque aunque se tengan conocimientos jurídicos, se trata de un negocio jurídico muy concreto que puede presentar unas implicaciones económicas e incluso personales que no se esperan si no se conoce bien la figura. Ni que decir tiene que este asesoramiento se hace imprescindible cuando el otro cónyuge no conoce del

³² DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2008.

³³ Para un mayor detalle sobre este particular, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los acuerdos prematrimoniales en...”, pp. 75-76. *Vid.* también, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales”, en M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de derecho de familia*, volumen 4, pp. 489-620. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 601.

³⁴ *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2001, pp. 170-171.

³⁵ *Vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, pp. 199-208. Más reciente, en el mismo sentido, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, pp. 143-161.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 1 de marzo de 2004 (JUR 2004/118887), donde se admite la renuncia a una pensión compensatoria realizada en escritura pública diez días antes de la celebración del enlace; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo de 2010 (JUR 2010, 175675), en la que el tribunal acepta el otorgamiento de capitulaciones tres días antes al del enlace.

³⁷ C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, p. 202; E. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 163.

³⁸ No así puede entenderse para el Derecho civil catalán en el que se recoge de forma expresa en el art. 231.20 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña* “(...)En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio(...)”.

todo bien el idioma en el que se está redactando el acuerdo³⁹. De hecho, cuando esta situación puede darse, a nuestro juicio lo más conveniente es celebrar un “acuerdo espejo”. Es decir, que se redacte un acuerdo prematrimonial en castellano y otro en el idioma del otro cónyuge. Así, nunca se va a poder alegar que no se entendían las disposiciones del acuerdo. Esta práctica está extendida en el Derecho estadounidense cuando se está ante *prenups* con elemento extranjero. Esta traducción implica un mayor coste económico para los futuros cónyuges, pero verdaderamente si puede evitar un litigio posterior, se podría apreciar realmente como una inversión.

En atención al Derecho español, este asesoramiento sobre el acuerdo prematrimonial que los cónyuges pretenden celebrar puede realizarlo el notario⁴⁰. Esta labor se encontraría dentro de sus funciones (art. 147 del Reglamento Notarial⁴¹). Este asesoramiento podría desarrollarse con independencia de que el acuerdo en previsión de crisis matrimonial se contenga en el instrumento típico de las capitulaciones matrimoniales o como acuerdo prematrimonial propiamente dicho⁴². En ambos casos el pacto entre los cónyuges se elevará a escritura pública y disfrutará de las mismas garantías jurídicas debido a que su celebración tiene lugar ante fedatario público.

A nuestro juicio, además del notario, el cual va a realizar una función neutral, sin velar en principio por los intereses de ninguna de las partes, sería importante también contar con el asesoramiento de un abogado experto en la materia⁴³. De hecho, es lo que normalmente sucede en la práctica, ya que suele ser el abogado de uno de los contrayentes el que redacta el acuerdo. Esto sucede generalmente cuando el patrimonio privativo a proteger es abultado y con el acuerdo prematrimonial se persigue protegerlo⁴⁴.

En particular, sobre el asesoramiento legal se podrían abordar en concreto tres interrogantes: 1) ¿la inexistencia de asesoramiento hace inválido el acuerdo prematrimonial en atención al Derecho español?; 2) ¿Debe prestarse el asesoramiento y dejar unos días de reflexión o puede celebrarse en el mismo momento del asesoramiento?; 3) ¿El mismo experto puede asesorar a ambos cónyuges o debe ser verdaderamente un asesoramiento independiente?

Respecto a las cuestiones que nos planteamos se podría decir que en términos generales, analizadas en su conjunto, el Derecho español es flexible al respecto. Esto implica que el hecho de que no exista un asesoramiento verdaderamente individual, que implique a dos abogados asesorando de forma separada a cada cónyuge el acuerdo vaya a ser nulo. Sin embargo, a nuestro juicio, es necesario que tener presente lo siguiente:

- 1) Si no existe asesoramiento legal, el acuerdo puede ser válido perfectamente en atención al Derecho civil común español⁴⁵ y también al Derecho civil catalán⁴⁶. Es un requisito deseable, muy aconsejable, que facilite la prueba de que el consentimiento es informado, pero a nuestro juicio, no es imprescindible para la validez del acuerdo. Si no ha existido asesoramiento legal a ninguno de los cónyuges por separado, ni si quiera a uno de ellos o incluso a ninguno (en la práctica este escenario es difícil que tenga lugar, salvo que se alguno de los futuros cónyuges sea jurista), el pacto puede ser válido si se prueba que el consentimiento ha sido informado, libre y sin vicios. De hecho, esta es la línea que se sigue en ordenamientos como el inglés tras la famosa sentencia *Radmacher vs. Granatino*⁴⁷ y el estadounidense en

³⁹ En esta sentencia de AP de Madrid de 27 de noviembre de 2011 (JUR 2003/92806), de igual manera a como sucede en la STS de 30 de marzo de 2018 (nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925) que comentaremos posteriormente, la mujer renuncia a la pensión compensatoria en unas capitulaciones matrimoniales y alega no entender bien el idioma en el que se redactan.

⁴⁰ C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, p. 203.

⁴¹ Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 7 de julio 1944).

⁴² A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 145.

⁴³ Sobre este particular, *vid. E. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Los pactos de pre-Ruptura...*, pp. 151-154.

⁴⁴ J.M. SHERPE, “Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective”, en J.M. SHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011, p. 493.

⁴⁵ A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 148.

⁴⁶ L. ALLUEVA AZNAR, *Prestación compensatoria y ...*, p. 243

⁴⁷ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 69, donde señala que aunque el asesoramiento legal es aconsejable no se le puede restar peso a un acuerdo prematrimonial porque no haya existido asesoramiento. El Tribunal Supremo inglés considera que lo relevante es que quede claro que las partes han tomado su decisión de celebrar el acuerdo conociendo todas

la *section 9* de los *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* (en adelante, UPMAA) del año 2012⁴⁸.

- 2) En la línea del razonamiento anterior, podemos decir que lo aconsejable es dejar un margen de tiempo, el que las partes consideren, entre que se recibe información sobre el acuerdo y se firma el mismo. Este lapso temporal permite que se pueda prestar un consentimiento reflexionado⁴⁹. No obstante, si no se hace, se debe probar en caso de que se pueda poner en duda la validez del consentimiento los motivos por los que se firmó en el mismo momento en el que se recibe asesoramiento.

25. En cuanto a la *información financiera*, éste es otro de los criterios que permiten demostrar que el consentimiento de los cónyuges es informado. En la misma línea que cuando estudiamos el asesoramiento legal independiente, que los cónyuges se hayan informado sobre sus patrimonios al momento de la celebración del acuerdo es un indicio muy positivo de que se sabía lo que se estaba firmando. Esta información puede tener relevancia cuando en el acuerdo prematrimonial se renuncian a derechos o hay un gran desequilibrio patrimonial entre los cónyuges. Por lo tanto, en atención al Derecho civil español es posible sostener que la falta de información financiera o *financial disclosure* no hace inválido el acuerdo⁵⁰. Sin embargo, es cierto que la falta de información financiera junto con la falta de otras “precauciones” al momento de celebrar el acuerdo pueden hacer que en caso de una revisión judicial posterior el juez considere que el consentimiento se formó sin tener un panorama general y global de la situación económica del otro. Esto le podría llevar a concluir que el acuerdo se firmó sin un consentimiento realmente informado, considerando que pudo haber un abuso de una parte frente a la otra. El resultado de esta consideración es que el acuerdo no pueda desplegar efectos.

A nuestro juicio, para evitar este resultado, siguiendo lo que se ha venido desarrollando en el Derecho de estadounidense⁵¹ en las últimas décadas se podrían destacar cuatro aspectos para que se pueda asesorar de forma correcta y precisa sobre el deber de prestar información financiera:

sus implicaciones. Entre los diferentes estudios doctrinales que analizan esta sentencia *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1, pp 19-32.; B.CLARK, “Prenuptial contracts in English Law: capricious outcomes or legislative clarification”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 32, nº 3, September 2010, pp. 237-245; *Id.*, “Ante-nuptial contracts after Radmacher: an impermissible gloss?”, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 14-24; S.GASPAR LERA, “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés”, *Indret*, 3/2012, disponible en http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf (consultado el 19 de diciembre de 2018); B.HALE., «Equality and autonomy in family law», *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 3-14.; A.MEEHAN, “Radmacher: What practitioners need from the Supreme Court”, *Family Law*, págs. 253-258; S. THOMPSON, “Radmacher (formerly Granatino) v. Granatino [2010] UKSC 42”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 61-70; J.M. SHERPE, “Los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino”, *Indret*, Barcelona, 2012, pp. 1- 24.

⁴⁸ En la *section 9* letra se recoge que es necesario que ambas partes cuenten con asesoramiento legal independiente. Sin embargo, en la misma *section* en la letra b, se matiza este requisito y se considera que una parte ha sido “asesorada” cuando 1) ha contado con tiempo suficiente para contratar a un abogado, recibir el asesoramiento y poder considerarlo; 2) el otro futuro cónyuge ya cuenta con un abogado y bien la otra parte se puede pagar uno propio o que la otra parte se lo pague. Para un estudio más detallado del UPMAA 2012 *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales: Ley...”, pp. 16 y ss; M^a. D. CERVILLA GARZÓN, “Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos”, *Revista de Derecho Civil*, Vol IV, núm. 2, 2017, pp. 17 y ss.

⁴⁹ Se han referido a este particular A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 147 y anteriormente *vid.* A. SERRANO DE NICOLÁS, “Los pactos en...”, p. 72.

⁵⁰ A nuestro parecer más dudas sobre la validez del acuerdo se podrían plantear en el caso del Derecho civil catalán. Esto es así porque en el art. 231.20 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia* se recoge que “*el cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto*”. No obstante, hay doctrina que señala que la inexistencia de información en el Derecho civil catalán no implica que el acuerdo sea nulo sino la consecuencia sería que no podría ejecutarse. Esta visión la sostiene A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 160. Para un estudio más en profundidad sobre este art. 231.20 *vid.* J. SOLÉ FELIÚ, “Comentario al artículo 231-20 del Codi Civil de Catalunya”, en J. EGEA I FERNÁNDEZ/ J. FERRER I RIBA/ E. FARNÓS I AMORÓS (Coods.), *Atelier*, Barcelona, 2014.

⁵¹ *Vid.* L. A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los EE.UU. a la realidad española”, J. RAMS ABLESA/C. DE AMUNATEGUI/ E. SERRANO/ L.A ANGUITA, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 275 y ss.

- 1) *La información financiera debe prestarse antes de la celebración del acuerdo.* El deber de informarse mutuamente sobre los patrimonios no puede diferirse al momento que los futuros cónyuges deseen⁵². Como el objetivo de este aspecto es que se pueda demostrar un consentimiento informado en el momento de la celebración del acuerdo, el deber de información debe realizarse antes de la firma del acuerdo obligatoriamente.
- 2) *La información sobre el patrimonio de los cónyuges no debe ser exhaustiva.* La información que se preste tiene que permitir que la otra parte se forje una idea aproximada del patrimonio e ingresos de su futuro cónyuge⁵³. Lo aconsejable sería presentar un inventario donde se recojan los activos y pasivos del patrimonio junto con los ingresos presentes y también sobre expectativas de ingresos futuros, *ad ex*. un *bonus* que se prevé percibir en un corto período de tiempo. No se deben incluir ingresos hipotéticos, se debería especificar de dónde proceden los ingresos, indicando su carácter ordinario o extraordinario. Otra opción, diferente a la del inventario, sería la de adjuntar al acuerdo prematrimonial un documento donde ambos cónyuges reconocen que están informados sobre la información financiera del otro⁵⁴. Más dudoso sería que fuera válido un documento donde se renuncia a recibir información financiera. El legislador catalán no recoge nada al respecto⁵⁵. Sin embargo, tal renuncia sí que se recoge en la *section 9* en su letra d del UPMAA 2012. En definitiva, lo importante es que con independencia de la vía que se utilice para informar se transmita una información veraz, no completa pero sí suficiente, que en caso de desacuerdo futuro, permite al cónyuge interesado probar que la información patrimonial que se transmitió fue acorde con la buena fe contractual. Principio también presente en los acuerdos prematrimoniales.
- 3) *La carga de probar de que ha existido información financiera recae sobre el cónyuge que quiere demostrar que ha existido tal información.* Este cónyuge será normalmente el que persiga la ejecución del acuerdo prematrimonial. El otro cónyuge, al que se la ha supuestamente prestado la información, no tiene que probar que no se le informó. Así, se recoge en el precepto 7.04 (5) de los *ALI Principles*.
- 4) *La celebración del pacto ante notario no permite presumir que ha existido información financiera recíproca.* La doctrina señala que la intervención del notario no implica que se ha prestado información financiera⁵⁶. En el Derecho civil catalán, el notario tiene la obligación de advertir a los cónyuges de que se deben informar recíprocamente, pero no que deba proporcionar la información el propio notario⁵⁷. Esta visión podría trasladarse al Derecho civil común y considerar que el hecho de que el pacto prenupcial se haya formalizado ante notario no implica en ningún caso la presunción de que las partes se han informado recíprocamente sobre sus patrimonios.

5. Requisito 4: el contenido del acuerdo no puede dañar el orden público, la moral ni la ley

A) Determinación del Derecho aplicable al fondo del acuerdo prematrimonial

26. Comenzando con la perspectiva internacional privatista, si el acuerdo prematrimonial contiene un elemento extranjero es necesario antes de nada determinar el Derecho aplicable a ese pacto desde

⁵² A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 154.

⁵³ Esta visión puede verse en el asunto *Vechio vs. Vechio* (143 So.2d.17) que fue resuelto por el Tribunal Supremo de Florida en 1962. En este caso, uno de los primeros sobre acuerdos prematrimoniales en USA, El tribunal entiende que con una información aproximada sobre el patrimonio del marido era suficiente. Para un comentario sobre esta resolución *vid.* M^a.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales...*, pp. 58-60.

⁵⁴ Sobre este particular *vid.* A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 160; *Vid* también, A. LAMARCA I MARQUÉS, "Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència", en Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona (ed.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família, Materials de les Dissertacions Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2013, p. 465.

⁵⁵ A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 161.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 158-159;

⁵⁷ J. SOLÉ FELIÚ, "Comentario al artículo...", p. 152.

un punto de vista material o de fondo. Siguiendo con el razonamiento expuesto anteriormente, si el pacto se ha celebrado antes de que el RREM sea de aplicación (29 de enero de 2019) será necesario determinar el Derecho aplicable conforme a la norma de conflicto prevista en el ordenamiento español para ello, el art. 9.3 CC⁵⁸. Sin embargo, si el acuerdo prematrimonial internacional es posterior a esa fecha será de aplicación el art. 27 g) RREM. Este precepto del RREM señala que es la *Ley aplicable al régimen económico matrimonial* la que rige la validez material de los acuerdos celebrados entre los futuros cónyuges.

27. El propio texto del acuerdo prematrimonial podría contener una elección de Ley. El legislador europeo permite que dicha elección se pueda hacer en un acuerdo antes del matrimonio, en el momento de su celebración o durante el mismo (considerando 45 RREM), pudiendo ser la elección de ley expresa o tácita⁵⁹. A nuestro juicio, la opción más recomendable es que la elección de ley se realice de forma expresa y se incluya en el articulado del acuerdo prematrimonial. Esto evitaría cualquier duda o especulación sobre la Ley aplicable no sólo al régimen económico matrimonial sino al propio pacto prematrimonial. No obstante, también sería posible que dicha elección de ley se realizara en un documento privado o público que no es el acuerdo prematrimonial propiamente dicho. Lo importante a efectos de determinar la validez de la elección de ley es que se cumplan los requisitos de forma y de fondo que el RREM exige (arts. 22, 23 y 24 RREM).

El art. 22 RREM señala las leyes entre las cuales los cónyuges o futuros cónyuges podrían elegir. La autonomía de la voluntad conflictual que recoge el RREM es limitada, ya que circunscribe esa libertad de elección a una serie de leyes concretas. En particular, los futuros cónyuges podrían elegir entre⁶⁰: 1) la ley de la residencia habitual común de los futuros cónyuges al momento de la celebración del acuerdo (art. 22.1.a); 2) la ley de la residencia habitual de uno de los futuros cónyuges al momento de la celebración del acuerdo (art. 22.1.a); 3) la ley de la nacionalidad de cualquier de los futuros cónyuges al momento de celebración del acuerdo (art. 22.1.b).

Los futuros cónyuges podrían en virtud del art. 22.2 RREM modificar la elección de ley realizada en un primer momento. Este cambio realizado durante el matrimonio, sólo surtirá efectos en el futuro, salvo acuerdo contrario de los cónyuges. En ningún caso, dicho cambio aunque tuviera efectos retroactivos podrá afectar de manera negativa a los derechos adquiridos por terceros conforme a la ley que los cónyuges eligieron en un primer momento⁶¹.

En relación a los requisitos de forma, el art. 23 RREM, señala que el acuerdo de elección de ley debe realizarse por escrito, estar fechado y firmado por ambos cónyuges. El propio RREM en su art. 23.1 detalla que se considera en forma escrita “*cualquier comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*”. El hecho de que se exija la forma escrita no implica que no se pueda hacer una elección de ley tácita en el acuerdo celebrado por los futuros contrayentes. Esta elección tácita debe permitir que los cónyuges sepan cual es la concreta ley aplicable a su régimen económico matrimonial desde el momento que se otorga el pacto⁶². Así, *ad ex.*, en el acuerdo prematrimonial, se podría señalar que la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la de la residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. No señalan de forma expresa cuál es esa Ley, pero los cónyuges saben perfectamente dónde van a residir tras la celebración del enlace.

⁵⁸ Sobre el art. 9.3 CC y los acuerdos prematrimoniales *vid* para un mayor detalle I. ANTÓN JUÁREZ, “Los acuerdos prematrimoniales...”, pp. 66-74; B. AÑOVEROS TERRADAS, “Los pactos prematrimoniales...”, pp. 462-469.

⁵⁹ *Per alia*, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial...”, pp. 198-199.

⁶⁰ Es interesante tener en cuenta que si el acuerdo prematrimonial internacional fuera realizado por una pareja de hecho, tendrían una ley aplicable más donde elegir, la ley conforme a la cual la pareja ha sido creada. Las parejas de hecho cuentan con un reglamento europeo propio, se les aplica el Reglamento Sin embargo, en el caso de los matrimonios, el RREM no recoge como punto de conexión la ley del país donde se celebró el matrimonio. A pesar de que este los tribunales del lugar donde se ha celebrado el matrimonio pueden ser elegidos para resolver las posibles controversias que pudieran surgir en torno a las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial de los cónyuges o futuros cónyuges. *Vid.* críticas sobre este particular en la doctrina, en J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial...”, p. 197 y S. MARINO, “Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *CDT*, n° 9, vol. 1, 2017, p. 277.

⁶¹ Para un mayor detalle sobre esta cuestión *vid.* L. RADEMACHER, “Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulation on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships”, *CDT*, vol. 10, n° 1, pp. 7-18.

⁶² J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial...”, p. 199.

El art. 23.2 RREM señala que es necesario tener en cuenta no sólo los requisitos formales que señala el Reglamento sino también todas aquellas formalidades que se recojan en la Ley del país donde los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo. En el supuesto de que los cónyuges tengan su residencia habitual en diferentes Estados miembros al momento de celebración del acuerdo y dichas legislaciones exigen requisitos formales diferentes, el pacto de elección de ley conforme al RREM será válido formalmente si se tiene en cuenta cualquiera de esas leyes (art. 23.3). No hace que prevalezca la más exigente, por ejemplo. Si los futuros cónyuges, tienen su residencia habitual en diferentes países al momento de la celebración del acuerdo, uno en un Estado miembro y el otro no, sólo se exige el acople a los requisitos formales respecto del ordenamiento del país que pertenece al RREM, no es necesario seguir los requisitos formales del ordenamiento del Estado que no es parte. Este aspecto resulta un tanto contradictorio, teniendo en cuenta la aplicación universal del RREM⁶³. El art. 20 RREM señala que es indiferente que la Ley aplicable a la que lleven las normas de conflicto del Reglamento pertenezcan a un Estado miembro o no.

Respecto de los requisitos de fondo, un pacto de elección de ley se considerado válido desde un punto de vista material si es acorde con la Ley de algunos de los Estados que señala el citado art. 22 RREM (art. 24.1). Como ya se estudió, la ley que rige la capacidad de los futuros cónyuges es la que se determina mediante art. 9.1 CC. Norma de conflicto aplicable cuando la validez material del acuerdo de elección de ley es apreciada por un juez español. En el caso del consentimiento, éste se rige por la Ley elegida por las partes (art. 24.2). A esta regla general sería posible presentarle una excepción. Cuando uno de los contrayentes quiera probar que no prestó su consentimiento puede invocar la ley de su residencia habitual al momento de presentar la demanda, siempre que de las circunstancias del caso concreto se pueda apreciar que su conducta no puede analizarse en atención a la ley elegida por los cónyuges (art. 24.2)⁶⁴.

28. Si los cónyuges no han elegido de forma expresa o tácita la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial entraran en juego los puntos de conexión subsidiarios que se recogen en el art. 26 RREM. Estos puntos de conexión ordenados en cascada serían los siguientes: 1) La Ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio (art. 26.1.a.); 2) La Ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio (art. 26.1.b.); 3) La Ley del Estado con la que los cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo presente todas las circunstancias (art. 26.1.c.).

El mismo art. 26.3 RREM recoge una cláusula de excepción o cláusula de escape al punto de conexión recogido en el art. 26.1.a RREM. El juez competente puede dejar de aplicar el primer punto de conexión relativo a la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio cuando se demuestre que existe otro Estado con mayor conexión. Así puede probarse una mayor conexión con ese otro Estado cuando la última residencia habitual común de los cónyuges estuvo ahí, su duración fue considerablemente mayor que en el Estado que señala el art. 26.1 en su letra a y además se puede demostrar que ambos cónyuges se basaron en la ley de ese Estado para organizar sus relaciones patrimoniales. No obstante, hay que tener en cuenta que esta cláusula de escape no es de aplicación cuando los cónyuges hayan otorgado capitulaciones matrimoniales o pacto similar con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común. De este modo, esta cláusula de escape va a operar cuando no haya habido elección Ley, ni expresa ni tácita. Esto confirma que la existencia de esas capitulaciones matrimoniales celebradas con anterioridad al establecimiento de la última residencia habitual común de los cónyuges a las que se refiere el art. 26 RREM en su último apartado no deben contener elección de ley alguna, ya que si así fuera estaríamos en el art. 22 y no en el art. 26⁶⁵.

29. Por lo tanto, en resumen, la Ley aplicable a la validez material de un acuerdo prematrimonial internacional será la Ley elegida por los futuros cónyuges en atención a los arts. 22 a 24 RREM. Las

⁶³ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Régimen económico matrimonial...", p. 200.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 200-201.

⁶⁵ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Régimen económico matrimonial...", p. 205.

Leyes entre las que podrían elegir los futuros contrayentes son bien la Ley de su residencia habitual común o la de uno de los contrayentes al momento de celebración del acuerdo o la Ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos. En el caso de que los futuros cónyuges no hayan elegido la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial o ésta elección no resulte válida conforme al RREM se deberá recurrir para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, y por ende, a la validez material del acuerdo prematrimonial a los puntos de conexión subsidiarios recogidos en el art. 26 RREM.

No obstante, conviene recordar que aunque lo deseable es que una única Ley determine la validez material del acuerdo prematrimonial, somos conscientes de que no en todos los casos va a ser posible. Ello va a depender del contenido concreto del acuerdo en el que nos encontremos. Así, cuanto más heterogéneo sea el acuerdo, más difícil va ser que se utilice un único instrumento legal internacional para determinar su derecho aplicable. Esto es así porque habrá cláusulas que van a escapar del ámbito de aplicación del RREM⁶⁶. Por lo tanto, las normas del conflicto del RREM no se van a poder utilizar. *Ad ex.* esto sucede con las cláusulas en las que se renuncia a la prestación compensatoria. Desde un punto de vista conflictual, la prestación compensatoria se considera una cuestión alimenticia, así se aplicará a la determinación de su Ley aplicable el *Protocolo de la Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias*⁶⁷ (en adelante, PH 2007). La Ley que determine este Protocolo será la que precise si una renuncia a una prestación compensatoria es válida o no lo es⁶⁸. De la misma forma sucede con la ley que rige el divorcio. Los cónyuges podría elegir en el acuerdo prematrimonial en atención a los arts. 5 a 7 del *Reglamento UE n° 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, R. Roma III) la ley que debe determinar su divorcio o separación judicial. De este modo, tampoco se podría aplicar el RREM para determinar los efectos personales del patrimonio. En este caso el Derecho aplicable debe regirse por el art. 9.2 CC. Por lo tanto, uno de los aspectos más interesantes a la par que problemáticos que plantean los acuerdos prematrimoniales internacionales es su acople en el supuesto de hecho de una norma de conflicto. Que se apliquen una o varias normas de conflicto dependerá de lo variado que sea su clausulado. Cuanto más variado, más normas de conflicto se tendrán que tener en cuenta. Esto hace que la tarea del juez se complique por dos motivos:

- 1) deberá aplicar los diferentes instrumentos legales internacionales de forma coordinada y con coherencia (en nota a pie:sobre este particular vid. ad. ex. A. Bonomi, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 217-231;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*, vol 13, 2011, pp. 233-253).
- 2) la aplicación de diferentes normas de conflicto puede dar lugar a que se apliquen Leyes de diferentes ordenamientos a un mismo acuerdo prematrimonial.

⁶⁶ El RREM excluye de su ámbito de aplicación material las obligaciones de alimentos. Así se recoge en su considerando 22 y también en su art. 1. 2. Esta exclusión de los alimentos que se realiza en el RREM puede no sorprender tanto a los ordenamientos que se integran en el *Civil Law*. Esto es así porque es un aspecto que puede entenderse como una carga del matrimonio como también un deber de asistencia entre los esposos. Sin embargo, no sucede así en los ordenamientos del *Common Law*. En estos países no está clara la distinción entre la propiedad relativa al matrimonio y alimentos. *Vid.* sobre este particular, I. VISMARA, “The EU proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, p. 203.

⁶⁷ DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

⁶⁸ El ámbito material del Protocolo de la Haya de 2007 es muy amplio, en atención a este instrumento legal internacional “por obligaciones alimenticias” se deben entender los alimentos en toda su extensión (art. 142 CC), los auxilios necesarios para la vida (art. 143.II CC) y también toda prestación compensatoria que surge por ley tras el divorcio (art. 97 CC). Para un mayor detalle sobre la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias *vid. ad ex.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, decimoctava edición, Comares, Granada, 2018, pp. 550-562; E. CASTELLANOS RUIZ, *Aspectos internacionales y transfronterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 69-109; 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 sentencias”, *REEI*, 19, 2010, pp. 18-25.

Este escenario podría evitarse en cierta medida cuando los cónyuges hacen uso de la autonomía de la voluntad conflictual en atención a los Reglamentos europeos en materia de familia. (en nota a pie, M. Vinaixa Miquel, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económico matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Nùria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, Indret, 2017, p. 302 y ss.)

30. Para terminar, sería interesante pensar en el siguiente ejemplo que podría darse en un futuro cercano: italiana y español celebran un acuerdo prematrimonial en febrero de 2019. Ambos celebran este acuerdo en España ante notario, ya que va a ser este su país de residencia tras la celebración del matrimonio. En el acuerdo prematrimonial, se recoge que el régimen económico matrimonial es el régimen de separación de bienes y ambos renuncian de forma recíproca a cualquier tipo de pensión compensatoria que por ley les pudiera corresponder en caso de divorcio. Tras varios años casados, el marido interpone demanda de divorcio ante tribunales españoles. Éste no solo solicita el divorcio, también una pensión compensatoria en atención al art. 97 CC. La esposa se niega y hace valer ante el juez el acuerdo prematrimonial que firmaron hace escasamente dos años. El juez para saber si dicho pacto es válido y de plena aplicación debe saber la ley aplicable a dicho acuerdo prematrimonial.

En particular, deberá determinar la Ley aplicable a la forma y al fondo. En cuanto a la validez material, lo primero que hay que determinar es si en el propio acuerdo prematrimonial se recoge por qué ley se rige y determinar si dicha elección es válida. Si no se señala nada, en atención al art. 27 g. RREM, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial es la que determina también la validez material del acuerdo. Es importante saber si en el acuerdo se determina la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en atención a los arts. 22, 23 y 24 RREM de forma tácita o expresa. Si no se señala nada al respecto o resulta inválido, hay que acudir a los puntos de conexión del art. 26 RREM. Así, la Ley aplicable a este acuerdo prematrimonial, será en atención al art. 26.1.a la Ley española, ya que es la Ley del Estado donde los cónyuges establecieron su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. Sin embargo, esta norma de conflicto del RREM no puede aplicarse para señalar si la renuncia a la pensión compensatoria es válida. Para ello, se debe atender a las normas de conflicto del PH 2007. El art. 3 PH 2007, norma de conflicto aplicable en defecto de elección de ley, señala la ley aplicable a las obligaciones de alimentos será la Ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos. En este caso, el acreedor sería el esposo. Éste tiene su residencia habitual en España. Así, será el Derecho español, en concreto el art. 97 CC, el derecho aplicable para determinar si esa renuncia realizada en el acuerdo prematrimonial es válida o no lo es.

De la misma forma sucede con la ley que rige el divorcio. Los cónyuges podría elegir en el acuerdo prematrimonial en atención a los arts. 5 a 7 del *Reglamento UE n° 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, R. Roma III) la ley que debe determinar su divorcio o separación judicial. De este modo, tampoco se podría aplicar el RREM para determinar los efectos personales del patrimonio. En este caso el Derecho aplicable debe regirse por el art. 9.2 CC. Por lo tanto, uno de los aspectos más interesantes a la par que problemáticos que plantean los acuerdos prematrimoniales internacionales es su acople en el supuesto de hecho de una norma de conflicto. Que se apliquen una o varias normas de conflicto dependerá de lo variado que sea su clausulado. Cuanto más variado, más normas de conflicto se tendrán que tener en cuenta. Esto hace que la tarea del juez se complique por dos motivos:

- 1) deberá aplicar los diferentes instrumentos legales internacionales de forma coordinada y con coherencia⁶⁹
- 2) la aplicación de diferentes normas de conflicto puede dar lugar a que se apliquen Leyes de diferentes ordenamientos a un mismo acuerdo prematrimonial.

⁶⁹ Sobre este particular *vid. ad. ex.* A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 217-231; 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*, vol 13, 2011, pp. 233-253.

Este escenario podría evitarse en cierta medida cuando los cónyuges hacen uso de la autonomía de la voluntad conflictual en atención a los Reglamentos europeos en materia de familia⁷⁰.

B) El contenido del acuerdo prematrimonial desde el Derecho material español: Límites generales a la autonomía de la voluntad: el orden público, la ley y la moral

31. Como ya hemos señalado, una característica esencial de los acuerdos prematrimoniales en previsión de separación o divorcio es que pueden contener cláusulas de diversa índole. En otras palabras, el contenido del acuerdo prematrimonial que se celebra con el fin de que los cónyuges determinen los efectos de su ruptura puede ser muy heterogéneo. Esto es así porque en atención al Derecho español los cónyuges disponen de una amplia libertad. En base a su autonomía de la voluntad, los futuros cónyuges podrían incluir cualquier cláusula con el único límite general que se aplica al resto de los contratos, el art. 1255 CC. Así, de este modo, *a priori* en un acuerdo prematrimonial que se rige por el Derecho español se podrían incluir todo tipo de aspectos económicos, pero también personales siempre que ninguno de ellos menoscabe el orden público, la ley o la moral.

32. Así, partiendo de la base de la amplia autonomía de la voluntad de la que disponen los futuros cónyuges en atención al Derecho material español, sería necesario señalar los límites que se podrían encontrar. De este modo, en atención a lo que se va a exponer, el asesor o abogado que redacte un acuerdo prematrimonial en atención al Derecho español debería tener en cuenta qué contenido podría menoscabar el orden público, la moral o la ley con el fin bien de evitar su inclusión en el acuerdo o en el caso de incluirse sería necesario que informara a las partes de que un futuro podría plantear problemas de validez o de eficacia del acuerdo⁷¹.

33. En relación al *orden público*, las cláusulas que se deberían evitar serían todas aquellas que pueden ser contrarias⁷²: 1) la protección de la familia; 2) la protección de los hijos; 3) la protección de los terceros; 4) a los Derechos Fundamentales de los propios cónyuges, como el Derecho a la igualdad o la libre desarrollo de la personalidad.

En particular, en relación a la *protección de los hijos*, es necesario señalar que en virtud del art. 39.2 de la Constitución española, concretado en el art. 90 CC, no es posible celebrar un acuerdo prematrimonial que bien de forma directa o indirecta perjudique a los hijos. Y en el caso de que así fuera, el acuerdo será considerado nulo. Tales cláusulas podrían ser aquellas que privan a uno de los cónyuges del derecho de visita, se renuncia al ejercicio de la patria potestad⁷³ o se excluye la pensión de alimentos a favor de los hijos⁷⁴ o incluso aquellos que provocan que los hijos tengan lo justo para sobrevivir mientras que es posible ofrecerles un mayor bienestar económico debido a las posibilidades económicas de los progenitores⁷⁵. En definitiva, un acuerdo prematrimonial en ningún caso va a ser válido si no vela por el interés superior del menor. En nuestra opinión, sobre los hijos se pueden adoptar previsiones en un acuerdo prematrimonial, la autonomía de la voluntad de los cónyuges también se puede extender a los hijos⁷⁶. No obstante, los cónyuges deben ser muy respetuosos con los intereses

⁷⁰ M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económico matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, Indret, 2017, p. 302 y ss.

⁷¹ Hay doctrina que entiende que esta labor de asesoramiento y de control de legalidad del acuerdo prematrimonial lo puede realizar el notario, *vid.* sobre este particular A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, pp. 179-183.

⁷² A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 184-189.

⁷³ V. MORENO VELASCO, *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 83.

⁷⁴ El art. 155 CC no permite que los progenitores renuncien a la pensión de alimentos que por ministerio de la ley corresponden a los hijos.

⁷⁵ Estas previsiones podrían ir en contra de lo dispuesto en el art. 146 CC. Este artículo señala que “*la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”. Esto no quiere decir que los cónyuges no puedan acordar la pensión de alimentos que en el caso de ruptura abonarían a sus hijos, pueden hacerlo pero siempre teniendo en cuenta que ésta debe ser acorde con el poder adquisitivo de quién la da y en atención a las necesidades de los hijos.

⁷⁶ No toda la doctrina opina así, hay autores que consideran que las previsiones relativas a los hijos no deben incluirse

de los hijos, intentando superponerlos a los suyos propios y asegurando en todo caso su bienestar. En ningún caso hay que olvidar que cualquier previsión que hagan los cónyuges sobre los hijos menores necesita de la aprobación judicial.

Respecto a la *protección de los terceros*, hay que tener en cuenta que la renuncia a determinados derechos como puede ser una pensión compensatoria puede dar lugar a que la situación económica en la que queda uno de los cónyuges tras la ruptura ocasione efectos negativos en terceros. Esos terceros perjudicados por el pacto podrían ser familiares de ese cónyuge que deben prestar alimentos debido a la precaria situación en la que queda, piénsese en los propios hijos, o incluso en los padres o hermanos⁷⁷. Otros perjudicados también podrían ser los acreedores de ese cónyuge. Estos terceros perjudicados podrían iniciar una acción de nulidad del acuerdo prematrimonial amparándose en que el mismo menoscaba el orden público por vulnerar el art. 9.3 CE, ya que el Estado debe garantizar que los negocios jurídicos no menoscaban la seguridad jurídica perjudicando a terceros⁷⁸. Otro argumento para intentar dejar sin efecto el acuerdo puede venir de la mano del art. 6.2 CC, en el que se recoge que “*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”.

En relación a la *vulneración de los derechos fundamentales* de los cónyuges, la doctrina ha señalado que dicha vulneración puede ser más probable que existe si se pacta sobre aspectos personales más que si se el pacto versa sobre aspectos patrimoniales⁷⁹. Así, *ad ex.* un acuerdo prematrimonial en el que se prohíba a uno de los cónyuges a solicitar el divorcio o que prohíba o se obligue a residir en un determinado lugar⁸⁰ pueden menoscabar el orden público por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a divorciarse.

Un derecho que se tiene muy en cuenta por los tribunales cuando deben revisar los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura es la incidencia que estos presentan en el derecho a igualdad de los cónyuges. Derecho recogido en los arts. 14 y 32 de la Constitución española y que se detalla en los arts. 66 y 1328 CC. En este último precepto se señala que “*será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*”. La doctrina civilista⁸¹ y también los tribunales han señalado que el derecho de igualdad se respeta cuando en el acuerdo prematrimonial no existe sumisión o subordinación de un cónyuge frente al otro. A nuestro juicio, el derecho a la igualdad de los cónyuges en los acuerdos en previsión de ruptura no puede entenderse como un igualitarismo absoluto que no permita a los cónyuges organizar su ruptura como ellos mejor consideren⁸². Tampoco se vulneraría el derecho de igualdad cuando no hay reciprocidad en las renunciaciones o limitaciones a derechos se establecen a determinados derechos en el acuerdo por los cónyuges⁸³. En nuestra opinión, para saber si un acuerdo vulnera el derecho a la igualdad no basta con comprobar si las disposiciones que se realizan sobre el acuerdo son recíprocas o no⁸⁴. Se debe comprobar y sopesar en global, en atención a todas las disposiciones del acuerdo teniendo y muy en cuenta las circunstancias patrimoniales de los cónyuges en el momento de la firma y también en el momento de la ejecución⁸⁵.

dentro de la autonomía de la voluntad de los cónyuges debido a que son normas imperativas que buscan salvaguardar el interés superior del menor, E. ROCA TRÍAS, “Autonomía, crisis matrimonial...”, pp. 2113-2114.

⁷⁷ Esa obligación de prestar alimentos nacería del art. 144 CC, donde se señala que también existe obligación de prestar alimentos no sólo al cónyuge o a los hijos, también a los ascendientes e incluso a los hermanos.

⁷⁸ Vid. V. MORENO VELASCO, Autonomía de la ..., p 35; A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura*..., p. 186.

⁷⁹ A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura*..., pp. 186-187.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 187.

⁸¹ *Idem*.

⁸² En este sentido, *vid.* también, A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura*..., p. 200

⁸³ *Ibidem*, pp. 202-207.

⁸⁴ En el Derecho civil de Cataluña no puede entenderse así, ya que en el apartado 3 del art. 231.20 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia* se recoge que “*los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia*”.

⁸⁵ Prueba de ello es la SAP Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/151411), donde se estima válido un acuerdo celebrado poco antes del enlace mediante el cual la esposa renuncia al derecho de uso de la vivienda familiar. El tribunal en el FJ 5º considera que este pacto, aunque recoge una renuncia unilateral no atenta contra el derecho de igualdad debido a que a la mujer se la compensa. Esto es así porque a cambio de la renuncia recibe la propiedad de dos viviendas.

34. Respecto a la *vulneración de la Ley*, no será válido un acuerdo prematrimonial que transgreda normas imperativas del ordenamiento jurídico español. La doctrina civilista ha discutido y sigue discutiendo sobre qué debe entenderse por norma imperativa⁸⁶. En aras de circunscribirnos al objeto del presente trabajo y no profundizar en materias que se pueden escapar del mismo, se puede señalar que como regla general es imperativa toda norma que contiene prohibiciones y que su transgresión implica la sanción de nulidad del negocio jurídico⁸⁷. De este modo, un acuerdo prematrimonial que vulnera normas imperativas como las relativa a la constitución o extinción del vínculo matrimonial o las normas relativas al régimen económico matrimonial primario (arts. 1315-1324 CC) va a ser contrario a la Ley, y por ende, nulo. Así, *ad ex.*, en un acuerdo entre cónyuges no se podría exigir requisitos adicionales de los que señala la ley para que el matrimonio sea considerado válido ni tampoco se pueden exigir más criterios que los que el ordenamiento español estipula para poder divorciarse. Este último caso podría darse si en el acuerdo se exige que para poder acceder al divorcio uno de los cónyuges debe pagar un indemnización al otro⁸⁸.

A nuestro juicio más dudas plantea que se considere que las cláusulas sobre los deberes personales que nacen por razón del matrimonio (arts. 66-68 CC) pueda ser considerado en todo caso una vulneración de la Ley. Como ya sostuvimos en otro trabajo anterior⁸⁹, la autonomía de la voluntad también debería incluir la posibilidad de que los cónyuges pacten sobre aspectos personales. Así, pactar sobre los deberes personales se debería permitir, extinguir los deberes personales no⁹⁰. Así, en nuestra opinión, una cláusula que refuerce el deber de fidelidad no atentaría contra los arts. 66-68 CC. Sin embargo, otra en la que se excluye el deber de socorro mutuo sí.

35. En relación a la *moral*, este aspecto que puede limitar la autonomía de la voluntad en atención a los arts. 1255 y 1328 CC, en la actualidad no tiene demasiado recorrido para declarar nulo un acuerdo prematrimonial en previsión de ruptura⁹¹. Esto es así debido a que se trata de un concepto jurídico indeterminado que no tiene especial relevancia en la esfera patrimonial de los cónyuges⁹². Su relevancia quedaría relegada a la esfera personal de los cónyuges. Como ejemplo de cláusula que podría atentar contra la moral se podría señalar la de la ya citada SAP de Almería, de 17 de febrero de 2003, donde el tribunal considera que una cláusula que penaliza el cese de convivencia puede entenderse contraria a la moral y a las buenas costumbres⁹³. Otro tipo de cláusulas que la doctrina civilista ha considerado contrarias a la moral serían aquellas que atribuyen bienes a uno a los cónyuges o entre sí a cambio de la realización de una conducta prohibida por el ordenamiento⁹⁴.

6. Requisito 5: análisis de las circunstancias al momento de la ejecución

A) Alteración sobrevenida de las circunstancias y grave perjuicio

36. Desde una visión internacional privatista, y del RREM en particular, no se señala nada sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias, hubiera sido deseable que se hubiera recogido pero

⁸⁶ *Vid. ad ex.* L. DIEZ-PICAZO, Comentario al art. 1255 del Código Civil, p. 431 y ss.

⁸⁷ A. RODRIGUEZ GUTIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 188.

⁸⁸ SAP de Almería, de 17 de febrero de 2003 (AC 2003\623), FJ 2º. Esta sentencia consideró nula una cláusula recogida en un acuerdo prematrimonial entre español y rusa donde se obligaba al marido a pagar a la esposa por cada día de matrimonio una cantidad dineraria en el caso de que la ruptura tuviera lugar. La AP consideró que esta cláusula que establecía la indemnización era realmente una cláusula penal. Su fijación implicaba penalizar el cese de convivencia lo cual va en contra del orden público matrimonial por considerarlo contrario a la moral, las buenas costumbres y la ética social. Por tanto, nula de acuerdo al art. 1328 CC. Para un mayor detalle sobre este tipo de cláusula *vid.* L.M. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, "Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel Aranzadi*, 2014, pp. 1863-1874.

⁸⁹ I. ANTÓN JUÁREZ, "Acuerdos prematrimoniales: Ley...", pp. 41-42.

⁹⁰ *Vid.* A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales, capitulaciones matrimoniales, convenio regulador, procedimiento*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 92.

⁹¹ A. RODRIGUEZ GUTIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 189.

⁹² *Vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "Comentario al art. 1328...", p. 854.

⁹³ AC 2003\623, FJ 2º.

⁹⁴ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "Comentario al art. 1328 del Código Civil" en R. BERCOVITZ CANO/ L. DIEZ PICAZO/ C. PAZ ARES/ P. SALVADOR CORDECH (Dir.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 605-606.

no se hace. Por lo tanto, sobre este particular a nuestro juicio el juzgador debería tener presente la Ley aplicable al fondo del acuerdo y también como la aplicaría un operador jurídico de ese ordenamiento. Esto es importante cuando no hay coincidencia entre la Ley aplicable acuerdo y el ordenamiento al que pertenece el juez que conoce. La Ley que rige el acuerdo prematrimonial es importante porque le va a indicar al operador jurídico cómo se entienden en ese ordenamiento legal y jurisprudencialmente la alteración sobrevenida de las circunstancias y el grave perjuicio en relación a los acuerdos prematrimoniales.

37. En el caso de que dicha ley aplicable al acuerdo prematrimonial fuera el Derecho civil común español sería necesario tener en cuenta lo que a continuación se expone. Como ya se ha señalado al inicio del presente trabajo, los acuerdos prematrimoniales son prospectivos. Uno de los fines es regular aspectos relativos a las consecuencias económicas de un divorcio o separación antes de que la ruptura se produzca. El hecho de que los cónyuges se animen a realizar este tipo de acuerdos sólo puede valorarse como algo positivo. El momento de acordar tales previsiones es el idóneo, la predisposición de los cónyuges antes de celebrar el matrimonio a que este funcione son muy buenas. Sin embargo, a decir verdad, cuando se realizan este tipo de pactos, siempre puede haber (sobre todo cuando no se ha recibido un buen asesoramiento legal) dudas sobre todo para uno de los cónyuges de si lo previsto en el pacto puede verdaderamente ser vinculante en un futuro. Esta duda surge porque se puede llegar a pensar que lo que se conoce como “alteración sobrevenida de las circunstancias” pueda hacer que lo acordado nunca vaya a ser ejecutado. Pero a decir verdad es que ni el mejor asesoramiento ni las mejoras de las circunstancias puede asegurar con total seguridad que el acuerdo finalmente va a ser eficaz. Esto sucede sobre todo cuando transcurren muchos años entre la celebración del pacto y la ejecución del mismo.

38. Como ha sostenido previamente la doctrina civilista⁹⁵, consideramos que el acuerdo prematrimonial debe regirse por el principio *pacta sunt servanda* y que la regla *rebus sic stantibus* debe interpretarse de forma restrictiva. Esta visión permite garantizar la seguridad jurídica. Así, aunque la revisión judicial no deja de ser una excepción al principio de *pacta sunt servanda* es perfectamente comprensible que exista debido a que los acuerdos prematrimoniales no son meros contratos patrimoniales⁹⁶. Cuando el juez analiza las circunstancias de los cónyuges al momento de ejecución del acuerdo, debe tener en cuenta los cambios imprevisibles, sobrevenidos o inesperados⁹⁷. Estos cambios no han podido ser provocados por los cónyuges. Se debe tratar de una enfermedad seria, el nacimiento de un hijo con una enfermedad grave, la pérdida del trabajo o del negocio familiar, un accidente que deje secuelas, etc.. En nuestra opinión, el simple cambio de circunstancias no debería ser suficiente, ya que si así fuera la inseguridad jurídica en relación a la eficacia de este tipo de pactos sería total. Además de lo anterior, es necesario apreciar si en el caso concreto esos cambios provocan una situación perjudicial grave para los cónyuges. En definitiva, que se pueda apreciar injusticia para uno o ambos cónyuges con la ejecución del acuerdo prematrimonial.

Se podría decir que esa es la línea en la que va el art. 231.20 apartado 5 del Código Civil catalán un pacto prematrimonial que es gravemente perjudicial o injusto para uno de los cónyuges no debe desplegar efectos.

De una forma similar se entiende en ordenamientos extranjeros como el estadounidense donde se hace alusión a la “injusticia sustancial” (art. 7.05 *ALI Principles*)⁹⁸. Lo difícil como ya ha señalado la doctrina es determinar qué debe entenderse por grave perjuicio⁹⁹. En nuestra opinión, el concepto no puede ser excesivamente amplio, no puede tratarse de cualquier perjuicio o daño derivado del cambio

⁹⁵ Vid. C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, pp. 190; M. MEDINA ALCOZ, “Pactos prematrimoniales, «pacta sunt servanda» y modificación sobrevenida de las circunstancias”, en M. PEREÑA/P. DELGADO MARTÍN, *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 774; A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 223.

⁹⁶ Vid. también en este sentido, A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 223.

⁹⁷ Vid. L. ALLUEVA AZNAR, *Prestación compensatoria y ...*, pp. 309-310; A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 235.

⁹⁸ Para un mayor detalle vid. I. Mark Ellman, pp. 841-847.

⁹⁹ A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 238.

de circunstancias. Debe tratarse de un daño de cierta entidad que en el caso concreto haga que el pacto prematrimonial carezca del fin por el que se formalizó. El problema de no entenderse así es que daría lugar a que la autonomía de la voluntad de los futuros cónyuges no serviría de mucho.

39. En nuestra opinión, consideramos que este análisis del acuerdo prematrimonial sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias no puede realizarse sin tener en cuenta el contenido del acuerdo. Así, por tanto, en los siguientes epígrafes vamos a destacar cláusulas que en abstracto o en general se podrían incluir en el acuerdo prematrimonial pero que produciéndose un cambio sobrevenido de las circunstancias pueden plantear problemas de eficacia en el caso concreto. En particular vamos a estudiar: 1) las cláusulas en las que se renuncian a derechos futuros; 2) las cláusulas en las que se conceden derechos que por ley no se reconocen; 3) las cláusulas donde se recogen indemnizaciones a favor de los cónyuges por el incumplimiento de deberes durante el matrimonio.

B) Acuerdos con especial transcendencia al momento de la ejecución del acuerdo: cláusulas en los que se renuncian a derechos futuros y pactos en los que se atribuye una prestación patrimonial no reconocida por la ley

a) La renuncia anticipada a la prestación compensatoria

40. Desde un punto de vista internacional privatista, como ya se ha señalado, el instrumento legal internacional aplicable a la renuncia anticipada a la prestación compensatoria sería el PH 2007. Si resultara de aplicación el Derecho español, en atención al art. 97 CC se puede señalar que la pensión o prestación compensatoria tiene la finalidad de compensar económicamente al cónyuge que debido a la separación o al divorcio va a quedar en una situación de desventaja económica respecto del otro cónyuge¹⁰⁰. Es una forma de equilibrar el patrimonio de un cónyuge que va a sufrir un empeoramiento respecto a la situación que tenía durante el matrimonio. El citado artículo es una norma de derecho dispositivo, ya que dispone que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el juez deberá fijar su importe en atención a una serie de criterios que no son *numerus clausus*¹⁰¹. Así, lo ha considerado el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 1987¹⁰² y también así lo manifiesta en la sentencia que vamos a comentar posteriormente de 30 de mayo de 2018¹⁰³. Este carácter dispositivo de la pensión compensatoria permite plantear si es posible renunciar a dicha compensación mediante pacto prenupcial. Tradicionalmente, la cuestión ha parecido más clara a favor de su renuncia si la misma se realizaba una vez que ha tenido lugar la ruptura¹⁰⁴.

Sin embargo, no ha existido siempre una unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia cuando tal renuncia se realizaba antes del matrimonio. Esto era así debido a que tal renuncia en un momento en el que las partes no conocían sus circunstancias futuras hacía desconfiar sobre su validez. De este modo, los tribunales españoles han sostenido posiciones a favor y en contra de la renuncia a la pensión compensatoria¹⁰⁵. Actualmente, se puede decir que la opinión doctrinal mayoritaria descansa en que se-

¹⁰⁰ Sobre el derecho de pensión compensatoria *vid. ad ex.*, L. ALLUEVA AZNAR, *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 43 y ss.

¹⁰¹ Las circunstancias que señala el art. 97 CC que permiten al juez determinar la cuantía de la pensión compensatoria son: 1.ª *Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges*; 2.ª *La edad y el estado de salud*;

3.ª *La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo*; 4.ª *La dedicación pasada y futura a la familia*; 5.ª *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge*; 6.ª *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal*; 7.ª *La pérdida eventual de un derecho de pensión*; 8.ª *El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge*; 9.ª *Cualquier otra circunstancia relevante*.

¹⁰² STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174).

¹⁰³ STS de 30 de mayo de 2018, nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925.

¹⁰⁴ *Vid.* A. L. REBOLLEDO VARELA, "Pactos en previsión...", pp. 737-738.

¹⁰⁵ En contra *ad ex.* SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (AC 2000/151) donde se señala la imposibilidad de renunciar a un derecho que todavía no ha surgido. A favor de la renuncia, *vid.* STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174); STS de 20 de abril de 2012 (RJ 20125911); SAP Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008); SAP de Madrid, de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003/92086); SAP de A Coruña de 4 de abril de 2006 (JUR 2007\135060); SAP de Madrid, de 27 de febrero de 2007, FD 5º (JUR 2007\15141).

ría válida una renuncia a la prestación compensatoria¹⁰⁶. Los argumentos jurídicos que permiten apoyar la validez de la renuncia en un acuerdo prenupcial podrían descansar en:

- 1) Posibilidad de renunciar a derechos futuros. Hay autores que consideran que es posible renunciar a derechos futuros, puesto que el art. 1271 CC permite que sean objeto de los contratos las cosas o derechos futuros, también es posible renunciar a ellos. La pensión compensatoria es un derecho dispositivo y se podría pactar su renuncia¹⁰⁷. En el mismo sentido, de acuerdo al art. 6.2 CC es posible la exclusión voluntaria de la ley aplicable y renunciar a derechos cuando dichas renunciaciones no contravengan el interés o el orden público ni tampoco los derechos de terceros;
- 2) La renuncia a la pensión compensatoria no puede implicar en todo caso un vicio en el consentimiento por desconocimiento de las circunstancias futuras. El hecho de renunciar a un derecho que podría perjudicar a una de las partes por las circunstancias futuras imprevistas no implica que la parte no haya dado su consentimiento libremente y con la información suficiente. Es más, si el pacto prematrimonial es firmado ante notario, éste ya habrá advertido de la situación que podría tener lugar de darse tales circunstancias en el futuro y las implicaciones de la renuncia. Así, los tribunales han venido aceptando la renuncia a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial siempre que la renuncia sea recíproca y no atente contra el principio de igualdad¹⁰⁸;
- 3) Carácter indemnizatorio o resarcitorio de la pensión, no naturaleza alimenticio-asistencial¹⁰⁹. Al considerarse un derecho disponible dirigido a paliar una situación de inferioridad económica en el momento de la ruptura, las partes son totalmente libres para hacer valer su derecho. Esta naturaleza hace que no esté justificada la intervención de los poderes públicos para modificar lo que las partes han considerado oportuno en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

41. Por lo tanto, en definitiva, se podría decir que la renuncia a la pensión compensatoria podría ser totalmente admisible siempre y cuando sea recíproca y se salvaguarde el principio de igualdad. Esta necesidad de igualdad entre los cónyuges nos lleva a plantearnos si sería válida la renuncia aunque perjudique a uno de los cónyuges. Especialmente, en los supuestos en los que las circunstancias han cambiado de tal forma que dicho ejercicio de la autonomía de la voluntad perjudica gravemente a una de las partes. Cabría plantearse si en estos casos la renuncia carecería de validez, y si fuera así, a qué criterios se debe atender para considerar que las circunstancias no previstas perjudican a una de las partes. Diferentes sectores doctrinales y jurisprudenciales consideran que en los casos en los que las circunstancias han variado sustancialmente y de forma imprevisible quedando una de las partes perjudicada gravemente por dicha renuncia debería la misma no tenerse por válida¹¹⁰. Un perjuicio grave puede ser no contar

¹⁰⁶ Vid. L. ALLUEVA AZNAR, *Prestación compensatoria y...*, pp. 209-214; M.P. GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de...”, p. 1662-1664; T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 66-71; M. MEDINA ALCOZ, “Pactos prematrimoniales, <<pacta sunt servanda>> y modificación sobrevenida de las circunstancias”, en M. PEREÑA/P. DELGADO MARTÍN, *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p.779; A. L. REBOLLEDO VARELA, “Pactos en previsión...”, p. 750; A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, pp. 279-280. Resulta muy interesante aunque diferente a la de los autores anteriores la visión que plantea A. L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 18/2004, pp. 1-12.

¹⁰⁷ STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174). Vid. también sobre la renunciabilidad a la pensión compensatoria J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador en la separación y en el divorcio: La aplicación práctica del art. 90 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2002, pp. 194 y ss; L. AGUILAR RUIZ/C. HORNERO MÉNDEZ, “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, 2006, pp. 9 y ss.

¹⁰⁸ STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174); SAP Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008); SAP de Madrid, de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003/92086); SAP de A Coruña de 4 de abril de 2006 (JUR 2007/135060); SAP de Madrid, de 27 de febrero de 2007, FJ 5º (JUR 2007/15141).

¹⁰⁹ SAP de Ciudad Real, de 2 de diciembre de 2002, FJ 2º (JUR 2003/32630).

¹¹⁰ SAP de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1588). Vid. también en el mismo sentido, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 70 y 71; A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión de...”, p. 753.

con medios económicos suficientes como para poder subsistir, *ad ex.*, por accidente que incapacite a uno de los cónyuges, por abandono carrera profesional por el cuidado del hogar y de los hijos, por pérdida de empleo o entrada en concurso de acreedores del cónyuge empresario. Esta visión no es compartida por la DGRN que considera que sólo hay que velar por los hijos y el derecho de alimentos, no por la pensión compensatoria de los cónyuges, ya que es perfectamente renunciabile¹¹¹. Por ese motivo, desde la DGRN se considera que los pactos de renuncia a la pensión compensatoria no requieren homologación judicial para la inscripción en el Registro.

42. Una cuestión a tener en cuenta es que la no validez de la renuncia en atención a circunstancias sobrevenidas que hacen que una de las partes sea gravemente perjudicada no obsta para que el resto del acuerdo prematrimonial sea válido.

43. Desde nuestro punto de vista, la inclusión de la renuncia a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial como regla general puede ser perfectamente válida. La libertad de pacto entre las partes prima cuando se trata de derechos disponibles. A nuestro entender si el pacto no atenta contra los hijos, la libertad de los cónyuges o su dignidad, no debería haber razón para que la renuncia no fuera eficaz. Ni si quiera entendemos que sea necesario que la renuncia sea recíproca. El hecho de que no sea una renuncia recíproca no debería entenderse *per se* como nula. Es necesario analizar el resto de cláusulas del acuerdo para poder tener una impresión general del mismo.

44. El inconveniente a la renuncia podría existir en los supuestos en los que las circunstancias hayan cambiado de forma tan considerable que perjudique gravemente a una de las partes. Este argumento jurídico podría basarse en la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, según la cual la causa o base que se tuvo en cuenta para llevar a cabo la renuncia ha cambiado¹¹². El problema de admitir esta excepción a la validez puede resultar un arma de doble filo, o mejor dicho, una vía para plantear la ineficacia de la renuncia en todo caso, ya que, si el pacto prematrimonial se firmó veinte años atrás es obvio que las circunstancias de los cónyuges habrán cambiado. Por lo tanto, será el caso concreto, teniendo en cuenta la admisibilidad general a la renuncia de la pensión compensatoria, el que verdaderamente podrá indicar a un tribunal si efectivamente las circunstancias son tan sobrevenidas o inesperadas como para que la renuncia no sea válida por perjudicar gravemente a una de las partes.

b) La renuncia al uso de la vivienda familiar

45. En cuanto a *la renuncia al uso de la vivienda familiar* es necesario tener presente que la vivienda familiar suele ser el bien con más valor del matrimonio, y en muchas ocasiones, sólo es el único bien del patrimonio familiar. Por ese motivo, generalmente es el bien sobre el que más disputas se concentran en los procesos de divorcio¹¹³. De la lectura del art. 96 CC se puede extraer la conclusión de que serán las circunstancias que existan en el momento de la separación o divorcio las que determinarán en gran medida si lo pactado vía acuerdo prematrimonial va a poder mantener su validez. Cuando hablamos de circunstancias nos referimos, *ad ex.*, a la existencia o no de hijos comunes, a qué progenitor se le asigna el cuidado de los hijos o a la situación económica de los cónyuges en ese momento.

46. De este modo, consideramos que aunque existan hijos, las previsiones relativas a la vivienda familiar pueden sobrevivir y desplegar su eficacia siempre que se procure el bienestar de los hijos. El interés del menor siempre va a estar antes que cualquier previsión que las partes hayan realizado en cualquier tipo de pacto. En nuestra opinión, los cónyuges con y sin hijos deberían disponer de la misma libertad para poder planificar el uso de la vivienda familiar en caso de ruptura. No obstante, no hay que olvidar que esa autonomía de los cónyuges, siempre va a ser supervisada por el juez para garantizar el

¹¹¹ Resolución de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8086); Resolución de 1 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6593); Resolución de 19 de junio de 2003 (RJ 2003/6172).

¹¹² SAP de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599), FJ 1º.

¹¹³ Vid. C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, p. 108.

bienestar de los menores. Así, *ad ex.* con hijos menores una cláusula que limite temporalmente el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge custodio es difícil que sea aprobada por un juez. Sin embargo, sin hijos menores comunes, sí que es cierto que existe una mayor posibilidad de disponer sobre la vivienda familiar. Esto es así porque sin hijos el uso de la vivienda familiar es un derecho puramente patrimonial¹¹⁴. No obstante, no se puede olvidar que aún sin hijos y existiendo acuerdo al respecto, el juez puede modificar lo dispuesto por las partes en cuanto al uso de la vivienda familiar si el cónyuge al que le afecta la renuncia se encuentra en una situación precaria o de necesidad.

47. En definitiva, las cláusulas a incluir en un acuerdo prematrimonial sobre la vivienda familiar podrían ser muy variadas, *ad ex.*, la venta del inmueble en un corto período de tiempo desde que el matrimonio se disuelve, o que el cónyuge que use la vivienda pague total o parcialmente al otro un alquiler en otra diferente, o la adjudicación de la propiedad a uno de los cónyuges en contraprestación de que ayude al otro a acceder a una nueva vivienda o la introducción del factor de culpabilidad en la ruptura para asignar el uso de la vivienda.

48. En el caso de que el matrimonio cuente con hijos mayores de edad la visión actual de los tribunales es diferente, aunque incluso todavía dependen económicamente de sus progenitores. Prueba de ello es un cambio de tendencia que se produjo con la STS de 5 de septiembre de 2011¹¹⁵, donde se dispone que sería posible que se extinguiera el uso a la vivienda familiar cuando los hijos alcancen la mayoría de edad aunque no dispongan todavía de independencia económica. A la luz de esta línea jurisprudencial del TS, hay doctrina que entiende que podrían ser válidos aquellos pactos preventivos donde los cónyuges acuerdan una limitación temporal del uso de la vivienda familiar que afecte a los hijos mayores de edad aunque todavía no sean independientes económicamente¹¹⁶.

c) La reciente sentencia del TS de 30 de mayo de 2018

i. Hechos del caso

49. La sentencia de 30 de mayo del Tribunal Supremo¹¹⁷ resulta de interés debido a que es el último (al menos que tengamos constancia de ello) asunto en el que el TS resuelve sobre la renuncia anticipada en un acuerdo prematrimonial a un posible derecho de prestación compensatoria y al derecho al uso de la vivienda familiar.

50. Los hechos del caso podrían quedar resumidos en lo siguiente: Don José Miguel, de profesión abogado y de nacionalidad española y Doña Gloria de nacionalidad rusa y diecinueve años más joven que él deciden contraer matrimonio en España en diciembre del año 2009. La pareja con sendos fracasos matrimoniales a sus espaldas, comienza a convivir en 2006, año en el que Doña Gloria viene a España acompañada de su hija. Antes del enlace, deciden firmar un acuerdo prematrimonial ante notario.

Básicamente, en el acuerdo se recoge que ambos renuncian de forma recíproca a cualquier indemnización y/o pensión compensatoria. Además el acuerdo señala que el domicilio conyugal se encuentra en Valencia, pero que Doña Gloria renuncia de forma expresa al uso o posesión del mismo debido a que es un bien privativo del futuro esposo. No obstante, el acuerdo también recoge que el marido si fuera procedente le atribuirá el uso con el respectivo alquiler de una vivienda adecuada en el caso de que existieran hijos comunes y se le atribuyera a Doña Gloria la custodia sobre los mismos. Además, el acuerdo también plasma la voluntad del futuro cónyuge de cambiar su testamento. El fin es otorgarle a su futura esposa el tercio de libre disposición y otorgarle el usufructo de determinados bienes.

¹¹⁴ M. MEDINA ALCOZ, "Pactos prematrimoniales, <<pacta..., p. 783.

¹¹⁵ STS de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011/5677). La visión mantenida en esta sentencia se ha seguido en posteriores resoluciones del TS, tales como la de 11 de noviembre de 2013 (RJ 2013/20694) o la de 6 de octubre de 2016

¹¹⁶ A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 306.

¹¹⁷ STS de 30 de mayo de 2018, nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925.

ii. Recorrido judicial del asunto

51. Tras siete años de matrimonio y sin hijos comunes, la pareja decide poner fin a su relación. Doña Gloria es la que interpone demanda de divorcio en enero de 2016. Dicha sentencia es dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Valencia pocos meses después mediante la cual no sólo se dicta el divorcio, se le atribuyen 400 euros de pensión al mes durante dos años a la esposa y también se le conceden 3000 euros de *litis expensas*.

52. En primera instancia, el juez considera que la renuncia que realiza la esposa en el pacto prematrimonial a la pensión compensatoria es nula. Esta nulidad no es porque en el momento de la firma del acuerdo existiera vicio alguno en el consentimiento, sino tal nulidad es por atentar contra el derecho a la igualdad. Así lo considera el Juzgado de Violencia sobre la mujer debido a la precariedad económica de la demandante al momento de ejecución del pacto.

53. El exesposo recurre la decisión, entiende que el pacto prematrimonial firmado por ambos ante notario siete años atrás es perfectamente válido, y por tanto, vinculante, lo que implicaría ninguna obligación económica para con su exesposa. Ésta, sin embargo, argumenta que el acuerdo prematrimonial lo firmó sin ser consciente de sus implicaciones y sin tener conocimiento del idioma español, encontrándose en una situación de precariedad.

La Audiencia provincial de Valencia apoya la tesis del marido¹¹⁸. De la sentencia de la Audiencia se podrían extraer tres razonamientos en los que se apoya el tribunal para dar validez al acuerdo prematrimonial: 1) los acuerdos prematrimoniales son negocios jurídicos perfectamente admitidos en el ordenamiento jurídico español; 2) el derecho a la pensión compensatoria es un derecho disponible por los futuros cónyuges. Así, éstos en base a la autonomía de la voluntad pueden renunciar a él o configurarlo como deseen en atención a sus circunstancias; 3) los acuerdos prematrimoniales como negocios jurídicos del derecho de familia pueden encontrar límites que persiguen proteger la igualdad de los cónyuges y la protección del menor. En este caso, al no existir menores que proteger, el tribunal tuvo que analizar si la igualdad entre los cónyuges se menoscaba por la renuncia a la pensión compensatoria. La Audiencia Provincial considera que debido a las circunstancias personales de los cónyuges (su edad, profesión y experiencias maritales previas) junto con el tipo de pacto (regulación exclusiva de efectos económicos) y la inexistencia de hijos comunes que no se podía considerar menoscabado el derecho a la igualdad¹¹⁹. Es más, el propio tribunal enfatiza en que ambos tenían plenamente consciencia del documento que firmaban, de su trascendencia y alcance por lo que no darle plena validez al mismo sería quebrantar la libertad de pacto y la seguridad jurídica.

iii. La decisión del Tribunal Supremo

54. El Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de mayo de 2018 sigue lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Valencia. Básicamente el TS para analizar el acuerdo prematrimonial lo que hace es estudiar diferentes aspectos de las circunstancias de los cónyuges, la forma y contenido del acuerdo prematrimonial para llegar a la misma conclusión que la Audiencia Provincial.

55. El primer análisis que realiza el TS sobre el acuerdo prematrimonial son las circunstancias de los futuros cónyuges al momento de la firma del acuerdo. Aspectos tales como ambos había estado casados previamente, que el acuerdo se había firmado ante notario, que la esposa conocía el idioma castellano hacen considerar al tribunal que Doña Gloria conocía lo que estaba firmando y la trascendencia que implicaba¹²⁰.

¹¹⁸ SAP de Valencia de 6 de abril de 2017, nº 325/2017, ECLI:ES:APV:2017:1323.

¹¹⁹ SAP de Valencia de 6 de abril de 2017, nº 325/2017, ECLI:ES:APV:2017:1323, FJ 7º.

¹²⁰ STS de 30 de mayo de 2018, nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925, FJ 5º.

56. El segundo análisis versa sobre la vulneración del orden público¹²¹. El TS vuelve a valorar aspectos como la edad de la mujer, su formación y la inexistencia de hijos en común. El TS valora circunstancias en el momento de la firma del pacto y también en el momento de la ejecución del mismo. Para el alto Tribunal, al momento de la firma del acuerdo, la mujer entendía lo que firmaba por tener conocimiento del idioma español. En el momento de la ejecución del acuerdo, considera que la esposa tiene capacidad de poder generar ingresos económicos tras el divorcio por lo que no ve procedente conceder una pensión compensatoria.

Es interesante destacar la última afirmación con la que cierra el razonamiento de que el pacto no menoscaba el orden público, señalando “*estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales no se sometió a Doña Gloria a una situación de previsible precariedad*”¹²². A nuestro juicio, esta frase final es relevante porque no deja de ser un análisis como el de la *second look doctrine* estadounidense¹²³. Aunque no se puede leer claramente en la sentencia, el TS realiza un análisis de las circunstancias en el momento de la firma del acuerdo y en el momento de la ejecución. La experiencia de ambos, su edad y la posibilidad de trabajar de la esposa tanto antes como después del matrimonio le hacen llegar a la conclusión de que no ha habido un cambio de circunstancias tal que haga que lo previsto años atrás en el acuerdo prematrimonial la deje en una situación injusta o en palabras del TS “*de precariedad*”.

57. El último razonamiento o análisis del TS descansa en comprobar si el acuerdo prematrimonial menoscaba el derecho de igualdad, la libertad o la dignidad de la esposa¹²⁴. El Tribunal considera que el mero hecho de firmar un acuerdo prematrimonial no puede entenderse como un sometimiento al esposo. Para el TS es reflejo de una relación entre iguales basada en la confianza. Además, el Tribunal destaca circunstancias del caso concreto que son importantes a su juicio para apreciar la falta de desigualdad tales como que el acuerdo prematrimonial en determinados aspectos beneficia a la esposa. Esto es así porque se acoge a su hija, aunque no lo señala expresamente el TS, en el acuerdo también se establece que se le reconoce un tercio de libre disposición en el testamento de su futuro marido y que el marido le permite adoptar los apellidos de éste. Es interesante esta valoración en conjunto que realiza el TS. Es cierto que la cláusula de la renuncia a la pensión compensatoria o al uso a la vivienda familiar podría ser perjudicial para la esposa pero hay otras disposiciones del acuerdo que le pueden resultar favorables. Estos argumentos hacen considerar al TS que el acuerdo prematrimonial es completamente válido y que impide que Doña Gloria tenga derecho a una pensión compensatoria.

d) Pactos en los que se atribuye una prestación patrimonial no exigida por la ley

58. En concreto, en este epígrafe vamos a tratar un tipo concreto de acuerdos: aquellos en los que se crea una renta vitalicia. Esto no quiere decir que no puedan existir otros con un fin similar, como puede ser el acuerdo prematrimonial en el que se incluye el pago de una mejora económica o un pago voluntario de alimentos. Todos estos tienen un aspecto en común, no excluyen derechos que la ley concede a los cónyuges sino que se trata de pactos a título gratuito, de una liberalidad de uno de los cónyuges frente al otro, mediante la cual se atribuye un derecho que la ley no contempla.

59. En particular, en relación a la concesión de una renta vitalicia en un acuerdo prematrimonial se podrían destacar dos características:

- 1) No reciprocidad. Esa prestación que se reconoce puede ser sólo a favor de uno de los cónyuges. Esta unilateralidad no lesionaría el derecho de igualdad de los cónyuges.
- 2) Creación de un derecho *ex novo* no contemplado por la ley. El acuerdo prematrimonial es la vía que uno o ambos cónyuges utilizan para atribuir al otro un derecho que la ley no contem-

¹²¹ STS de 30 de mayo de 2018, nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925, FJ 6º.

¹²² STS de 30 de mayo de 2018, nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925, FD 6º.

¹²³ Vid. I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United State”, en J.M SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, pp. 427-429.

¹²⁴ STS de 30 de mayo de 2018, nº 1925/2018, ECLI:ES:TS:2018:1925, FD 7º.

pla. No es una prestación que se concibe para sustituir a otra que podría surgir por ley como *ad ex*, la prestación por desequilibrio del art. 97 CC. Es decir, no se recoge una renta vitalicia para sustituir a una prestación por desequilibrio. En el caso de que así fuera, no estaríamos en puridad ante un pacto que atribuye derechos¹²⁵.

60. La validez de este tipo de cláusulas descansa básicamente en los mismos criterios que ya hemos estudiado anteriormente en el presente trabajo. A juicio del TS español, es necesario que se respeten los arts. 1255 CC y 1261 CC¹²⁶ y también el art. 90.2 CC¹²⁷. Es interesante la crítica que hace la doctrina a que el TS aplique a los acuerdos prematrimoniales en los que se prevé una renta vitalicia un precepto (el art. 90.2 CC) relativo al convenio regulador, cuando se trata de pactos que no comparten el mismo fin¹²⁸. Además de lo anterior, para comprobar la validez de estos acuerdos es necesario tener en cuenta los arts. 618 a 656 CC previstos para la donación. En particular, la doctrina ha considerado relevante tener en cuenta que en el acuerdo prematrimonial no se va a poder hacer disposiciones que no permitan al donante reservarse lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 CC) o dar o recibir por donación más de lo que se puede dar o recibir por testamento (art.636 CC)¹²⁹.

61. El problema de este tipo de acuerdos no reside tanto en su validez, que en principio no plantearía ningún problema sino en el caso de revisión judicial. En este caso, es importante tener en cuenta que a diferencia de los acuerdos donde se excluyen derechos, donde quizás los jueces se pueden mostrar más precavidos a analizar las circunstancias de los cónyuges, el derecho de igualdad y demás. En este tipo de pactos donde se realicen liberalidades hay que tener en cuenta que no van a declarar ineficaces tan fácilmente. Prueba de ellos son las dos sentencias del TS que ya hemos señalado (STS de 30 de marzo de 2011 y de 24 de junio de 2015). En nuestra opinión, salvo un vicio en el consentimiento, es poco probable que estos pactos se declaren ineficaces cuando el cónyuge que hizo la liberalidad tiene patrimonio suficiente para poder realizarla. Por ese motivo, consideramos importante ser precavidos a la hora de prestar asesoramiento sobre este tipo de pactos. Es necesario advertir muy bien al cliente de que si en el momento de la ejecución cuenta con bienes para poder hacer frente a esa prestación a la que se comprometió vía acuerdo prematrimonial con mucha probabilidad va a ser considerada válida, ya que se recoge en un contrato. El hecho de que la relación se haya roto y lo que menos desee ese cónyuge es pagar una prestación a su exesposo o exesposa que no le corresponde por ley no es relevante para apreciar la validez de este tipo de cláusulas.

e) Pactos indemnizatorios

62. Un acuerdo prematrimonial podría dar cabida *a priori* como ya se ha señalado a todo tipo de pacto. Estas indemnizaciones podrían fijarse para paliar incumplimientos sobre aspectos patrimoniales o personales impuestos durante el matrimonio o indemnizaciones en el caso de que se produzca la ruptura.

63. En relación a las primeras, una indemnización a destacar sería la que se acuerda por extinción del régimen económico matrimonial. Se fija una cantidad generalmente dineraria a pagar a uno de

¹²⁵ Vid. A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de Pre-Ruptura...*, p. 322.

¹²⁶ Así lo recoge la STS de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011/ 3137), FJ 3º y 4º.

¹²⁷ STS de 24 de junio de 2015, (RJ 2015/2657), ECLI: ES:TS:2015:2828, FJ 5º. Esta sentencia es realmente importante porque supone la admisión sin ningún atisbo de dudas de la figura de los acuerdos prematrimoniales en el ordenamiento jurídico español. Comentarios de esta sentencia *vid* Mª D. CERVILLA GARZÓN, “Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura en nuestro derecho actual. A propósito de la Sentencia del TS de 24 de junio de 2015”, C. LASARTE/ Mª.D. CERVILLA, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 329-383; F.J. COLAO MARÍN, *Los acuerdos prematrimoniales...*, pp. 78-86; M.S. QUICIOS MOLINA, “Pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la sentencia Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015 (RJA 2015), 2657”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2016.

¹²⁸ Mª D. CERVILLA GARZÓN, “Reflexiones en torno...” , p. 343.

¹²⁹ M.S. QUICIOS MOLINA, “Pacto prematrimonial de...” , p. 8; A. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 323.

los cónyuges en el caso de extinción de régimen económico matrimonial¹³⁰. Del mismo modo, también es posible recoger una cláusula donde se renuncie a la indemnización por extinción del régimen económico matrimonial¹³¹. Estos pactos indemnizatorios se encuentran como límite los derechos fundamentales y los principios esenciales sobre los que se sustenta la institución del matrimonio¹³².

64. En relación a las indemnizaciones que persiguen penalizar la solicitud de separación o del divorcio decir que la doctrina se encuentra dividida en cuanto a si deben ser consideradas válidas¹³³. Los tribunales por su parte no se han considerado muy favorables a aceptar estas cláusulas en la que se obliga a quien solicite el divorcio a pagar al otro una indemnización, puesto que atentaría contra el derecho a divorciarse lo cual atentaría contra el orden público¹³⁴. En nuestra opinión, huyendo del argumento paternalista, si esa indemnización no es excesivamente elevada, se debería considerar válida¹³⁵. La realidad es que el derecho a divorciarse no quedaría extinguido o anulado realmente, sino lo que consigue con este tipo de cláusulas es restringirlo. Y consideramos que esta restricción podría ser plausible siempre teniendo en consideración el acuerdo prematrimonial en concreto y que no implique una supresión total de poder acceder al divorcio.

A nuestro juicio, la valoración que debe realizar el juez es si dos adultos de forma libre y voluntaria han querido fijar tal indemnización y hasta qué punto verdaderamente implica una restricción de su derecho a divorciarse o su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este tipo de indemnizaciones son una forma de hacer conscientes a los cónyuges que salirse del matrimonio tiene unos costes. En la sociedad actual, donde existe el divorcio sin causa quizás no se tiene plena consciencia sobre los costes o repercusión que la ruptura implica. Estos “costes” son emocionales y económicos, y no sólo “los pagan” los cónyuges también los hijos, demás familiares próximos e incluso terceros como puede ser el Estado o los acreedores de alguno de los cónyuges.

El hecho de que los cónyuges penalicen de forma razonable el acceder al divorcio fijando una indemnización no debería analizarse desde la perspectiva del daño que puede provocar a su derecho al divorcio, sino como un ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad donde uno de los fines puede ser reforzar la situación económica en la que queda uno de los cónyuges tras el divorcio¹³⁶. Este tipo de cláusulas pueden ser útiles en matrimonios jóvenes, donde normalmente la mujer renuncia a desarrollar su carrera profesional, se dedica al cuidado de los hijos y del hogar y posteriormente tras varias décadas de matrimonio, el marido es el que insta el divorcio. A nuestro juicio la libertad de acceder al divorcio

¹³⁰ SAP de Álava, de 25 de abril de 2002.

¹³¹ SAP de Murcia, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008)

¹³² Vid. A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 92.

¹³³ Opiniones no favorables a la validez de este tipo de cláusulas vid. ad. ex. F.J. COLAO MARÍN, *Los acuerdos prematrimoniales...*, p. 165; I. PAZ ARES, “Previsiones capitulares”, Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares, *Homenaje a Luis Zarraluqui*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, 2008, p. 140. C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales en ...*, p. 470-473; L. REBOLLEDO VARELA, “Pactos en previsión de...” p. 748. Para opiniones favorables vid. ad ex. de las más actuales, A. RODRIGUEZ GUTIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 343.

¹³⁴ En este sentido lo entendió la AP de Almería, de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623), FJ 2º. Esta sentencia consideró nula una cláusula recogida en un acuerdo prematrimonial entre español y rusa donde se obligaba al marido a pagar a la esposa por cada día de matrimonio una cantidad dineraria en el caso de que la ruptura tuviera lugar. La AP consideró que esta cláusula que establecía la indemnización era realmente una cláusula penal. Su fijación implicaba penalizar el cese de convivencia lo cual va en contra del orden público matrimonial por considerarlo contrario a la moral, las buenas costumbres y la ética social. Por tanto, nula de acuerdo al art. 1328 CC. Para un mayor detalle sobre este tipo de cláusula vid. L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, “Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, pp. 1863-1874.

¹³⁵ Vid. A. RODRIGUEZ GUTIÁN, *Los pactos de pre-Ruptura...*, p. 343.

¹³⁶ Cuando estamos pensando en este tipo de cláusulas que pueden limitar el acceso al divorcio no tenemos en mente que dichas cláusulas puedan plantear el mismo escenario que los *covenant marriage* o matrimonios blindados. Estos son unos tipos concretos de matrimonio. Existen en los Estados de Louisiana, Arkansas y Arizona donde se tiene que recibir asesoramiento especial antes de contraerlo para que los cónyuges conozcan sus implicaciones. En términos generales cuando se accede al matrimonio mediante un *covenant marriage* no es posible acceder al divorcio sin causa. Sólo es posible divorciarse si concurren causas graves como el adulterio o los malos tratos. Se han defendido como una forma de fortalecer la familia. Sin embargo, no tenemos del todo claro que así sea, prueba de ello es que son muy poco utilizados. La doctrina española se ha referido a los *covenant marriage* en F.J. COLAO MARÍN, *Los acuerdos prematrimoniales...*, p. 165-166; S. GASPÁR LERA, “Acuerdos prematrimoniales sobre...” 1053 y 1054.

no se anula, puede seguir solicitando el divorcio sin que exista causa alguna. Este derecho que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2005 sigue existiendo. Sin embargo, eso no quiere decir que sea nula por atentar contra el orden público una cláusula donde el acceso al divorcio le va a suponer pagar una indemnización al otro cónyuge.

IV. Consideraciones finales

65. Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial son acuerdos complejos. Como se ha podido estudiar, esa complejidad se deriva básicamente por: 1) la relación afectiva de las partes; 2) su ejecución puede tener lugar muchos años después de su otorgamiento; 3) la previsión de situaciones que no se han producido. Puede que algún día se necesiten o puede que no. A nuestro juicio este último no debería ser un elemento importante en cuanto a la formación del consentimiento. Los asesores deben concienciar a los futuros cónyuges que lo recogido en un acuerdo prematrimonial es vinculante, al menos en el ordenamiento jurídico español lo es. Esto es así porque los acuerdos prematrimoniales son contratos, con requisitos que van más allá de los generales aplicables a los contratos sí, pero no dejan de ser obligatorios. Estos pactos son un reflejo de la autonomía de la voluntad entre cónyuges más que admitida en el ordenamiento español de igual forma que en el resto de ordenamientos europeos y anglosajones.

66. Por ese motivo, consideramos que lo esencial en relación a este tipo de acuerdos es estar informado, recibir un asesoramiento adecuado, que permita, en atención a lo expuesto en el presente trabajo tomar la decisión más informada y reflexionada posible. A nuestro juicio, poder probar que en esa primera fase que el acuerdo se formalizó en atención a todas las recomendaciones o criterios que hemos señalado es clave para que el acuerdo sea considerado eficaz. Esto es así porque, la segunda fase de análisis, requiere, como se ha estudiado, probar un cambio de circunstancias sobrevenidas cuyos perjuicios sean tan graves que hagan entender al juez que el acuerdo haya perdido toda su razón de ser. La prueba de esta segunda fase es más complicada, por lo que si no se pueden probar esas circunstancias tan excepcionales, el acuerdo se va a considerar válido y con posibilidad de desplegar plenos efectos.

FORO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO Y REGLAMENTO
BRUSELAS ‘I-BIS 1215/2012’. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA
REGLA *ACTOR SEQUITUR FORUM REI*

THE DEFENDANT’S DOMICILE IN THE BRUSSELS
‘THE REGULATION 1215/2012’. A CRITICAL APPROACH
OF THE ACTOR SEQUITUR FORUM REI RULE

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 13.01.2019 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4616>

Resumen: Este trabajo explica con argumentos históricos y de lógica económica que la litigación internacional, de por sí ya costosa, peculiar y complicada, puede verse seriamente perjudicada por foros ineficientes. En esta línea, se pone de manifiesto que la regla *actor sequitur forum rei*, el foro del domicilio del demandado, es ineficiente pese a la difusión universal de dicha regla jurídica. *Actor sequitur* penaliza el comercio internacional, desincentiva la actividad internacional de los particulares y beneficia en modo muy significativo la posición del demandado, que es con frecuencia el incumplidor de los deberes jurídicos. El trabajo pone de relieve, también, que en el Reglamento Bruselas I bis, el foro del domicilio del demandado es un mero foro residual, subsidiario a la sumisión de las partes, desplazados por los foros exclusivos y alternativo a los foros especiales por razón de la materia. Por último, se sostiene que el TJUE, pese a sus afirmaciones en forma de cláusula de estilo, no ha interpretado los foros especiales como excepciones al foro del domicilio del demandado ni de modo restrictivo, sino como opciones jurisdiccionales para el demandante que son objeto de una lectura expansiva.

Palabras clave: *actor sequitur forum rei*, domicilio del demandado, litigación internacional, foros especiales, principio de eficiencia, Reglamento Bruselas I bis, interpretación europea.

Abstract: This essay explains with historical arguments and economic logic that international litigation, already expensive, peculiar and complicated, can be seriously damaged by inefficient grounds of jurisdictions. It is clear that the rule “actor sequitur forum rei”, the forum of the defendant’s domicile, is inefficient despite the universal dissemination of this legal rule. Actor sequitur damages international trade, discourages the international activity of individuals and benefits in a very significant way the position of the defendant, who is often he who breaches some legal duties. This work also highlights that in the Brussels I bis Regulation, the defendant’s domicile works as a mere residual ground of jurisdiction. It operates as subsidiary to the submission of the parties, and is an alternative to the special grounds of jurisdiction. Finally, the ECJ, despite its assertions, has not interpreted those special grounds as exceptions to the defendant’s domicile. To say the truth, the ECJ has also defended an expansive reading of those special grounds of jurisdictions.

Keywords: *actor sequitur forum rei*, defendant’s domicile, international litigation, special grounds of jurisdiction, efficiency principle, Brussels Ia Regulation, European interpretation.

Sumario: I. Introducción. El coste de la litigación internacional. II. Litigación internacional y foro del domicilio del demandado. 1. Fundamento de la regla *actor sequitur forum rei*. A) Fundamento jurídico-público. B) Fundamento jurídico-privado. III. La crítica. La regla *actor sequitur forum rei* es ineficiente. 1. Un juego de suma cero. El precio del viaje jurisdiccional a otro país. 2. La tergiversación histórica de la regla *actor sequitur forum rei*. A) *Actor sequitur*: competencia de los tribunales del lugar de situación de la cosa litigiosa. B) Eficiencia de la competencia de los tribunales del lugar de situación de la cosa litigiosa. IV. *Actor sequitur forum rei* y art. 4.1 Reglamento Bruselas I-bis. 1. El art. 4.1 RB I-bis como foro de competencia judicial internacional. 2. El art. 4.1 RB I-bis como foro general. 3. El art. 4.1 RB I-bis y el fundamento de la regla *actor sequitur*. 4. La erosión de la regla *actor sequitur* en el Reglamento Bruselas I-bis. V. Observaciones finales. No hay vida verdadera en la falsa.

I. Introducción. El coste de la litigación internacional

1. Litigar cuesta dinero, esfuerzo, energías y tiempo. Litigar en un escenario internacional cuesta *más* dinero, *más* esfuerzo, *más* energías y *más* tiempo que hacerlo en un contexto meramente nacional¹. Ello se debe a las conocidas peculiaridades del escenario de la litigación transfronteriza². En la litigación internacional, en efecto, deben tenerse en cuenta fenómenos como el *forum shopping*, la validez extraterritorial de las decisiones judiciales y el coste de litigar en un marco procesal y procedimental extraño. Se trata de datos, fenómenos y situaciones que no están presentes en la litigación meramente nacional.

2. Un alto coste de la litigación internacional comporta consecuencias desastrosas para los particulares y para toda la sociedad. Como indica A. BUCHER, si litigar resulta caro, los particulares radicados en un Estado no comerciarán y no se relacionarán con otros particulares de otros Estados³. En tal hipótesis, aunque exista un Derecho objetivo que les ampare ante incumplimientos contractuales de la otra parte o ante daños sufridos de modo ilegal, el precio por recuperar sus créditos y por ver restaurados sus daños es tan elevado que no les compensa litigar. Y sin una protección real y efectiva por parte del Derecho, el comercio internacional se vuelve ineficiente, porque en tales circunstancias, lo eficiente es no contratar con sujetos de otros países. En tales circunstancias, lo eficiente es cesar toda actividad internacional. En suma: la ventaja comercial que ofrece el escenario internacional se diluye si los costes de la litigación internacional son excesivos.

3. Es función del Derecho internacional privado, señalan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, proporcionar unos costes reducidos de litigación internacional⁴. Se trata, en efecto, de que las partes puedan acudir a unos tribunales de Justicia estatales a un precio reducido y razonable. Porque litigar es necesario, ya que sólo así se salvaguardan de un modo real y efectivo los derechos individuales, los acuerdos y los contratos. Sólo así pueden existir y ser rentables tanto el comercio internacional como las relaciones personales transfronterizas. Un Derecho internacional privado que reduce los costes de la litigación internacional potencia, fomenta y refuerza las relaciones jurídicas internacionales tanto personales como patrimoniales. En otras palabras, puede afirmarse que un Derecho internacional privado eficiente comporta consecuencias positivas para los particulares y para toda la sociedad. También puede recordarse, con V. RUIZ ABOU-NIGM / K. MCCALL-SMITH / D. FRENCH, que el orden jurídico internacional, compuesto por el Derecho internacional privado y el Derecho internacional público, pueden y deben

¹ A.T. VON MEHREN, "Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law", *RCADI*, 2002, vol. 295, pp. 9-431, esp. pp. 19-21.

² M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. 337.

³ A. BUCHER, "La compétence universelle civile", *RCADI*, 2015, t. 372, pp. 9-127, esp. pp. 30-33.

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 38-39.

coincidir en sus objetivos subyacentes de lograr la realización de valores globales como la coherencia legal y la eficiencia⁵.

4. En este contexto, explorar, profundizar y analizar la regla *actor sequitur forum rei* presenta, al menos, dos poderosas desventajas de principio.

En primer lugar, se trata de pisar el suelo sagrado del templo de los tradicionalmente conocidos como “conflictos de jurisdicciones”. Todo se ha dicho sobre la regla *actor sequitur forum rei*. Sus raíces históricas se pierden, como dicen los autores más clásicos, o *cursis*, según se mire, en la noche de los tiempos.

En segundo término, la regla *actor sequitur forum rei* se encuentra tan asentada en todos los sistemas de Derecho internacional privado del mundo que parece carecer de todo propósito reflexionar de un modo crítico sobre un foro de competencia judicial internacional tan extendido como el foro del domicilio del demandado (*actor sequitur forum rei*). Nadie discute la existencia universal de la inconcusa regla *actor sequitur forum rei*, nadie pone en cuestión los argumentos que la sustentan de modo firme y sólido y nadie solicita una revisión o matización de la misma. La regla *actor sequitur forum rei*, en suma, se ha vuelto una regla indubitada, conspicua y venerable. Por ello no se discute. Se considera, expresan B. AUDIT / L. D'AVOUT, «como una regla de Derecho natural»⁶. La energía normativa del principio *actor sequitur* dura siglos y nunca decae. *Actor sequitur* se acepta como un dogma revelado por la divinidad que pertenece al cuadro sagrado de las creencias de esa religión casi esotérica llamada «Derecho internacional privado».

5. Es cierto que la regla *actor sequitur forum rei* es el foro de competencia judicial internacional por excelencia, apunta I. SZASZY⁷. Desde la Edad Media se acepta la idea de que la regla *actor sequitur* representa “el mejor de los foros posibles”, en paráfrasis de la célebre afirmación de GOTTFRIED WILHELM VON LEIBNIZ, que afirmaba que éste era “*el mejor de los mundos posibles*”. Es también, confirma A.-L. CALVO CARAVACA, una regla perfectamente asentada en todo el mundo para practicar el control de la competencia judicial internacional del juez de origen de la sentencia cuando se trata de decidir en un país sobre los efectos de una resolución judicial extranjera⁸. Sin embargo, frente a ello, cabe dudar metódica y cartesianamente y preguntarse si ello no puede ser, por el contrario, un engaño de la historia en forma de espejismo jurídico. ¿Podría ser, así, que la regla *actor sequitur forum rei* fuera el producto de un entendimiento erróneo de la realidad? ¿Podría ser que sus aclamadas ventajas no fueran tales, que sus fundamentos resultaran más que cuestionables, y que no resulta adaptada para determinar los tribunales competentes en el actual mundo globalizado? Centenares de años de legislación, jurisprudencia y doctrina en favor de la regla *actor sequitur forum rei* podrían haber operado como una efectiva *hipnopedia* en las mentes de los expertos en DIPr. Éstos podrían haber creído una verdad que, en realidad, carece de demostración y que por tanto podría no ser tal verdad. Pese a los riesgos intelectuales de esta reflexión, que son muchos, y al desafío de siglos de historia del Derecho internacional privado, que es colosal, merece la pena activar este *tour de force* en relación con la regla *actor sequitur*. El objetivo no es un puro ejercicio de erística, sino, simplemente, que promover la reflexión científica necesaria para descubrir si dicha regla encuentra una justificación sólida en los valores actuales del DIPr. o si, por el contrario, es una solución que habita en una *Matrix* jurídica y que resulta negativa para las relaciones jurídicas internacionales y muy en particular, para el comercio

⁵ V. RUIZ ABOU-NIGM / K. MCCALL-SMITH / D. FRENCH, *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Hart Publishing, 2018, pp. 11-19. Idea muy bien explorada, también, por H. GROSSE RUSE - KHAN, “A conflict-of-laws approach to competing rationalities in international Law. The case of plain packaging between IP, trade, investment and health”, *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 309-348, también en Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-05, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2204980> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2204980>.

⁶ B. AUDIT / L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7ª ed., Paris, Economica, 2013, p. 509: «la règle ‘*Actor sequitur forum rei*’ est considérée dans les pays de tradition romaniste comme de droit naturels».

⁷ I. SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, Sijthoff, 1967, pp. 98-102.

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, “El control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen de la sentencia”, *RJ La Ley*, núm.788, 1983, pp. 1-5; Id., *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 44-49.

internacional. El presente estudio se centrará, en particular, en los caracteres generales de la regla *actor sequitur* y en el papel que dicha regla desarrolla en el Reglamento (UE) n. 1215/2012 de 12 diciembre 2012, conocido como “Reglamento Bruselas I-bis”.

II. Litigación internacional y foro del domicilio del demandado

6. La regla según la cual en los litigios internacionales son competentes los tribunales del Estado en cuyo territorio el demandado tiene su domicilio se conoce con el aforismo latino “*actor sequitur forum rei*”: el actor debe acudir al foro del demandado.

1. Fundamento de la regla *actor sequitur forum rei*

A) Fundamento jurídico-público

7. La regla *actor sequitur forum rei* presenta un triple fundamento jurídico-público, magníficamente explicado por M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN y que consiste en lo siguiente⁹.

En primer lugar, el Estado con más título para conocer del asunto es el correspondiente al domicilio del demandado. Si éste se beneficia de los servicios y prestaciones que dicho Estado ofrece, debe entonces quedar sujeto al “poder jurisdiccional” del mismo. Es la consecuencia, puntualizan D. BUREAU / H. MUIR WATT, de una especie de «contrato social»¹⁰. Existe un vínculo jurídico-político entre el particular y el Poder judicial derivado de la soberanía de un Estado. El juez del Estado del domicilio del demandado es, expone J. HUDAULT, el «juez natural» de éste¹¹. Dicho Estado es el que tiene más derecho a juzgar a dicho demandado y éste tiene el derecho a ser juzgado por tales tribunales, a ser juzgado por su «juez natural», como apunta D. HOLLEAUX¹². Se presupone que el juez natural del sujeto es más justo con el demandado que un juez que pudiera resultarle extraño. Ser juzgado por un tribunal extranjero, por un tribunal que depende de otro poder político, de otra soberanía, siempre genera riesgos de parcialidad y hostilidad hacia un demandado que es un “extranjero” para ese tribunal. Esta explicación constituye un fundamento político de las normas de competencia judicial internacional, escriben M. L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, fundado, con toda claridad, en el vínculo entre el particular y el soberano¹³. En la Edad Media, según concretan D. BUREAU / H. MUIR WATT, el ejercicio de la competencia judicial, que es una prerrogativa del soberano, constituía la contrapartida de la alianza política entre los particulares y el Estado y, vista la inexistencia del concepto de «nacionalidad» en aquellos tiempos, la «patria» se identificaba directamente con el «domicilio»¹⁴. Como dejó escrito con toda propiedad J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, en la Alta Edad Media marcada por un feudalismo autárquico se impone la aplicación radical y sin fisuras de la *Lex Fori*, pero ello viene precedido por la consideración del juez del domicilio de la

⁹ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 122.

¹⁰ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145.

¹¹ J. HUDAULT, “Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l’ancien droit français”, *RCDIP*, 1972, pp. 27-54 y 249-268.

¹² D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, p. 235.

¹³ M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. 337. De todos modos, la ecuación «juez natural = juez del domicilio del demandado» no está acreditada en la doctrina como un axioma histórico indiscutido. De hecho, existen precedentes que consideran que también el juez del país de domicilio del demandante puede ser considerado como el «juez natural» de dicho demandante, lo que significa que «arrastrar a éste» a otro tribunal distinto vulneraría la misma idea de «juez natural». En tal sentido, de modo muy sugestivo, *vid.* D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, p. 235; J. HUDAULT, «Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l’ancien droit français», *RCDIP*, 1972, pp. 27-54 y 249-268 y especialmente, con brillantez expositiva singular, J.P. VERHEUL, «The Forum Actoris and International Law», en *Essays on International & Comparative Law*, Springer, Dordrecht, pp. 196-209, esp. nota [6].

¹⁴ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, p. 143.

persona como “juez natural” de la misma¹⁵. La Ley personal es la Ley del domicilio y no hay otro juez competente que el juez natural de la persona, que es, precisamente, el juez del domicilio del demandado o acusado, pues la regla se aplicaba tanto a supuestos civiles como criminales, hace notar con toda corrección E.M. MEIJERS¹⁶.

En segundo término, se ha afirmado con apasionamiento que este foro permite una adecuada sustanciación del proceso en orden a las pruebas, notificaciones, etc. Asegura un proceso más económico y sencillo y también más veloz. En definitiva, la regla citada asegura un proceso justo y a coste reducido para el Estado que imparte Justicia a través de sus tribunales. En efecto, el juez citará al demandado en su propio país, probará, en ese mismo país, la existencia de bienes del demandado, etc. En tal sentido, la regla *actor sequitur* potencia la buena administración de la Justicia. Se trata, en definitiva, enseñaba ya hace muchos años Y. LOUSSOUARN, de brindar una Justicia en la litigación internacional que resulte ser eficiente para los Estados que ofrecen sus servicios internacionales a los particulares que operan en un escenario transnacional.

En tercer lugar, visto que el actor es el que tiene que desplazarse al país del demandado para interponer su demanda, sólo lo hará si tiene sólidas y poderosas razones para creer que su demanda está fundada y que, por tanto, triunfará. La regla, así concebida, evita procesos infundados y meramente dilatorios (= “procesos de papel”), litigios que acarrearán grandes perjuicios al correcto ejercicio de la función jurisdiccional y que suponen un dispendio de tiempo y recursos por parte del aparato judicial del Estado. En este sentido, la regla *actor sequitur* elimina los “procesos frívolos” en el escenario internacional, procesos que cargan impropriamente al Poder Judicial del Estado.

En cuarto lugar, en tiempos recientes se ha destacado que la competencia de los tribunales del Estado del domicilio del demandado es expresión de la responsabilidad de la comunidad en la que está integrado el demandado. Dicha comunidad se beneficia de los ingresos que el demandado puede obtener en todo el mundo, por lo que es justo que la comunidad abra sus servicios jurisdiccionales a dicho demandado. La emergencia de una dimensión colectiva en los litigios privados, reflejo de una “función reguladora del Derecho privado”, explican D. BUREAU / H. MUIR WATT así como L. DE ALMEIDA, apuntala las afirmaciones anteriores¹⁷.

B) Fundamento jurídico-privado

8. La inmensa mayoría de los expertos en Derecho internacional privado han alabado, elogiado y vitoreado durante siglos las virtudes de la regla *actor sequitur* desde un punto de vista de Derecho Privado. Se afirma con vehemencia que la regla citada beneficia a ambas partes, lo que es perceptible, se subraya, en cuatro dimensiones distintas¹⁸.

En primer lugar, este foro beneficia al demandado, pues le permite una adecuada organización de la defensa procesal en su propio país. El demandado litiga “en casa”. El “viaje jurisdiccional” lo tiene que realizar el demandante, pues es éste el que debe desplazarse al Estado donde el demandado tiene su domicilio y adaptarse a las peculiaridades procesales y procedimentales de dicho Estado. Y es el actor el que debe asumir el gasto de dicho viaje jurisdiccional. El demandante juega “fuera de casa” y debe soportar, destacan D. BUREAU / H. MUIR WATT, el riesgo derivado de la internacionalidad de la litigación¹⁹.

¹⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *RCADI*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 253-255.

¹⁶ E.M. MEIJERS, “L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l’Europe occidentale”, *RCADI*, 1934, vol.49, pp. 543-686, esp. p. 573.

¹⁷ L. DE ALMEIDA, “Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law”, *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1 | p. 95-128 | Jul/Dez 2018, pp. 96-128; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145.

¹⁸ Vid. M. GÓMEZ JENE, “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles”, en A.P. ABARCA JUNCO Y OTROS, *Derecho internacional privado*, Editorial UNED, 2ª ed., Colección Grado, Madrid, 2016, pp. 128-130; M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 122.

¹⁹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145.

El coste de la litigación internacional descansa, mayormente, sobre los hombros del demandante. Esta afirmación es pacífica en toda la doctrina²⁰.

En segundo lugar, este foro también beneficia al demandante. Refuerza, precisan numerosos autores, la tutela judicial efectiva, pues normalmente permite una rápida ejecución de la sentencia²¹. En efecto, el patrimonio del demandado suele concentrarse en el Estado donde éste posee su domicilio.

En tercer lugar, este foro reparte las cargas entre las partes de modo equitativo: el actor decide *cuándo* demandar, mientras que no puede decidir *dónde* demandar: debe demandar en el país de domicilio del demandado.

En cuarto lugar, la regla *actor sequitur* facilita la concentración o agrupación, ante los mismos tribunales estatales, de litigios que tienen su fuente en hechos ocurridos en varios países pero que se dirigen contra el mismo demandado. Así, puntualizan D. BUREAU / H. MUIR WATT, la regla *actor sequitur* ahora costes a ambos litigantes porque varios litigios distintos pueden resolverse ante un mismo tribunal²².

En quinto lugar, este foro es previsible para ambas partes. Es habitual que el demandante pueda tener un conocimiento claro, previo al litigio, del país donde el demandado tiene su domicilio.

A los argumentos anteriores se añade que la mayor parte de la doctrina recuerda también que el foro del domicilio del demandado ha permanecido como regla clave de competencia judicial internacional en todo el mundo occidental por más de mil años. El peso de la historia avala la bondad de la regla *actor sequitur*. Es un foro indiscutido. Es un foro históricamente consolidado por sus muchas cualidades positivas.

III. La crítica. La regla *actor sequitur forum rei* es ineficiente

1. Un juego de suma cero. El precio del viaje jurisdiccional a otro país

9. Todo foro de competencia judicial internacional debe responder a los intereses de los particulares. Debe, en dicha perspectiva, permitir la litigación internacional a un coste reducido, pues una litigación asequible favorece la realización efectiva de los derechos de los particulares. Es lo que la doctrina conoce como la “idea de proximidad en la competencia judicial internacional”. Según la misma, se debe poder acudir al tribunales “próximos al litigio” porque litigar en dichos lugares comporta costes limitados y reducidos para ambas partes. “Proximidad” es “eficiencia” y eficiencia es “Justicia”. Al aludir a la “proximidad” no se hace Geografía, sino que se hace Justicia, en las acertadas palabras de F.K. JUENGER²³. Acudir a un foro próximo al litigio y próximo, por tanto, a ambas partes, es lo justo y equitativo para éstas porque la idea de «proximidad», en Derecho internacional privado, transporta un innegable «radical de justicia», sostiene S. VRELLIS²⁴.

10. Los argumentos anteriores que ensalzan las virtudes, ventajas y bondades de la regla *actor sequitur* no resultan, sin embargo, ni definitivos ni concluyentes ni convincentes. Todo lo contrario. Si

²⁰ Vid., *inter alia*, O. CACHARD, *Droit international privé*, 6ª ed., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 37-38; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 650; M. GÓMEZ JENE, «La competencia judicial internacional de los tribunales españoles», en A.P. ABARCA JUNCO Y OTROS, *Derecho internacional privado*, Editorial UNED, 2ª ed., Colección Grado, Madrid, 2016, pp. 128-130.

²¹ M. GÓMEZ JENE, “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles”, en A.P. ABARCA JUNCO Y OTROS, *Derecho internacional privado*, Editorial UNED, 2ª ed., Colección Grado, Madrid, 2016, pp. 128-130; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145; F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 1, Parte generale ed obbligazioni*, 8ª ed., Milano, 2017, p. 74; J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 227-229.

²² D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, p. 143.

²³ F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht / Boston / London, 1993, p. 129; F.K. JUENGER, “Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos”, en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 35-58, pp. 39-40; F.K. JUENGER, “La jurisdicción general en el derecho norteamericano”, *DeCita*, 2005-04, pp. 570-598.

²⁴ S. VRELLIS, “Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice”, *RCADI*, 2007, vol. 328, pp. 175-486, esp. pp. 180-189.

se examina con atención esta cuestión resulta evidente que la regla *actor sequitur* es, desde un punto de vista privatista, completamente ineficiente y por tanto, dañosa para el comercio internacional en particular y para la litigación internacional en general. La regla *actor sequitur* no responde, *per se*, a la idea-principio de proximidad y por eso es ineficiente. Varias razones lo demuestran.

11. Primera. La regla *actor sequitur* resulta sólo eficiente para el demandado, mientras que resulta ineficiente para el demandante. Se trata de un clarísimo caso de “juego de suma cero”. En efecto, en términos generales, los beneficios que obtiene el demandado de la regla *actor sequitur* coinciden con los perjuicios que se irrogan al demandante. Éste, para litigar, debe viajar hasta el país de domicilio del demandado. Con la regla *actor sequitur*, apunta P. VENTURI, el “viaje jurisdiccional” lo afronta y lo paga siempre el demandante²⁵. Por tanto, fácil es comprobar que la regla es perfectamente reversible: si se tuviera que litigar en el país del domicilio del demandante (= *forum actoris*), el coste del “viaje jurisdiccional” lo soportaría el demandado y dicho coste sería equivalente a los beneficios que obtendría el demandante por litigar en su país. En la regla *actor sequitur*, lo que gana un litigante (= el demandado, que litiga en casa), es igual a lo que pierde el otro litigante (= el demandante, que litiga en otro país) y viceversa. De este modo, si está prohibido el llamado *forum actoris* debido a su ineficiencia y deslealtad con el demandado, -que lo está-, por las mismas razones debería estar prohibido el foro del domicilio del demandado. La regla *actor sequitur* debería abandonarse por su ineficiencia y por su deslealtad con el demandante. Es, a fin de cuentas, un “*privilège de jurisdiction*” y los privilegios, recuerda L. USUNIER, se llevan mal con el Derecho²⁶. La regla *actor sequitur*, en suma, beneficia injustificadamente al demandado. Es un eficiente sólo para el demandado, que litiga en casa, a coste más reducido que el que tiene que arrostrar el pobre demandante, obligado a viajar por el mundo con la demanda en la mano en feroz persecución del pérfido demandado. Expresado el término más clásicos también puede afirmarse que si el juez natural del demandado es el juez del país de su domicilio entonces el juez natural del demandante es el juez del país de su domicilio. Y que si el actor litiga en el país del domicilio del demandado, no es entonces juzgado por su juez natural, como han demostrado como J. HUDAULT y D. HOLLEAUX²⁷. Es decir, que según observa J.P. VERHEUL, tan negativo resulta el *forum actoris* para el demandado como el foro del domicilio del demandado para el actor.

12. Segunda. La solidez de la regla *actor sequitur* como consecuencia de una defensa del *statu quo* y de la presunción de inocencia del demandado resulta totalmente insostenible. En efecto, con todas las cautelas necesarias, puede afirmarse que el demandado es el presunto incumplidor de las reglas jurídicas aplicables y por eso el actor acciona contra él ante los tribunales de justicia. Tampoco debe ignorarse que el actor es la presunta víctima del comportamiento antijurídico del demandado, que el demandante es el sujeto que realiza un movimiento jurisdiccional para restaurar un derecho que considera vulnerado. La regla *actor sequitur* es injusta con la parte que, en principio, ha ajustado su comportamiento a la Ley, pues castiga a la presunta víctima con el precio del viaje jurisdiccional. Es una regla, también, injusta con el demandado porque le favorece sin razón alguna. En efecto, la regla premia al presunto incumplidor de la Ley con un suculento regalo: el presunto incumplidor litiga en su casa. Litigar resulta más económico para el demandado que para el demandante, como es evidente, obvio y transparente y como admite el famoso Informe *Jenard*²⁸. Afirmar que se debe litigar ante el juez del domicilio del demandado porque no se ha demostrado que éste sea jurídicamente responsable o culpable es absurdo. En efecto, si así fuera, cuando el legislador decide potenciar la posición del demandante y beneficiarle desde el punto de vista procesal, admite y bendice el *forum actoris* (= domicilio del demandante) sin rubor

²⁵ P. VENTURI, “Osservazioni sulla residenza dell’attore quale criterio giurisdizionale”, *RDIPP*, 2005, pp. 997-1216.

²⁶ L. USUNIER, “La compatibilité de l’article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux?”, *RCDIP*, 2012, pp. 775-788.

²⁷ J. HUDAULT, «Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l’ancien droit français», *RCDIP*, 1972, pp. 27-54 y 249-268; D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, París, Dalloz, 1970, p. 235.

²⁸ P. JENARD, “Informe sobre la versión original del Convenio de Bruselas”, DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180, esp. p. 139: “Efectivamente, es más difícil, hablando en general, defenderse ante los tribunales de un país extranjero que ante los tribunales de otra ciudad en el país del domicilio”.

alguno, habría que concluir que ese foro es injusto porque supone un principio de culpabilidad jurídica del demandado. Así, cuando, por ejemplo el art. 18.1 *in fine* RB I-bis permite al consumidor demandar en el Estado miembro de su domicilio, habría que dar por sentado que no se respeta la «presunción de inocencia del demandado», lo que es imposible, pues en realidad no se ha probado todavía nada sobre el fondo del asunto. En estos casos, -demandantes consumidores, trabajadores, acreedores de alimentos-, se produce, como expresan D. BUREAU / H. MUIR WATT, una inversión de la carga del riesgo internacional por razones de «protección deliberada del demandante»²⁹.

13. Tercera. Todas las presuntas ventajas del foro basado en la regla *actor sequitur* sólo son ciertas y válidas si el país donde se sitúa el domicilio del demandado es el país donde radican los bienes litigiosos. Si el demandado tiene su domicilio en un país pero su patrimonio radica en el territorio de otro Estado, las ventajas de la regla *actor sequitur* son sólo ventajas para el demandado y ningún beneficio para el demandante. Éste litigará en el país de domicilio del demandado y no podrá ejecutar en dicho país porque los bienes no se hallan en el territorio del mismo, con lo que desaparece la única ventaja material que la regla *actor sequitur* tiene para el demandante. Por tanto, las ventajas que la regla *actor sequitur* ofrece en teoría, al demandante, son ventajas asociadas no al hecho de que se litigue en el país del domicilio del demandado (*forum rei*), sino al hecho de que puede ser que gracias a la regla *actor sequitur* se litigue en el país donde se encuentran los bienes litigiosos o los bienes contra los que puede ejecutarse una sentencia de condena. Puede afirmarse, pues, que es el *forum patrimonii* o *forum loci patrimonii* el que proporciona un sentido eficiente a la regla *actor sequitur*. En otras palabras: la regla *actor sequitur* sólo es eficiente, y de modo muy parcial, si opera como un *forum patrimonii*, esto es, si conduce a la competencia internacional de los jueces del país donde la futura sentencia debe ser ejecutada. Si ello no es así, entonces no existe ninguna razón de política legislativa que justifique este favor legal al demandado y que explique por qué hay que imputar al demandante el coste del “viaje jurisdiccional”. En la hipótesis de que los bienes litigiosos no se hallen en el país del domicilio del demandado, resulta con claridad que la regla *actor sequitur* se vuelve cara e ineficiente.

14. Cuarta. La regla *actor sequitur* beneficia a los Estados y no siempre a los particulares. Permite el desarrollo de procesos que respetan la Soberanía estatal, procesos rápidos y baratos para la Hacienda Pública, y elimina procesos frívolos que cargan indebidamente a los tribunales. Sin embargo, lo que es deseable para los Estados y sus Poderes Judiciales puede no serlo para particulares, que se ven obligados a litigar en un concreto país a un coste elevado y no equitativo.

15. Quinta. El recordatorio de prolongadísima vigencia de este foro en el tiempo no es más que una falacia conocida como el *argumentum ad antiquitatem* (= algo es “bueno” porque es antiguo y porque siempre se ha hecho así). También durante más de mil años los expertos pensaron que la Tierra era el centro del Universo, cuando es obvio y patente que no es así. El hecho de que se pensara durante más de mil años que la Tierra era el centro del Universo no convierte en buena ni en verdadera dicha afirmación. A NICOLÁS COPÉRNICO le costó toda su vida desmontar la anterior (pero totalmente falsa) creencia milenaria. A GALILEO GALILEI le costó un juicio y una prisión de por vida, pero también llevaba toda la razón. Por tanto, afirmar que la regla *actor sequitur* es buena para los litigantes porque lleva más de mil años de aplicación constituye una falacia en sí misma y, por tanto, un error argumentativo de primer orden.

16. En consecuencia, puede afirmarse que la regla *actor sequitur* esconde un foro ineficiente que desincentiva las relaciones internacionales entre particulares. Es injusto porque es ineficiente. Penaliza el comercio internacional porque castiga al potencial demandante que, además, es, en principio, la parte que cumple el contrato, la parte que se ha ajustado a la Ley (= es “el buen comerciante”). El demandante debe arrostrar la carga de tener que litigar en el extranjero a un coste elevado, mientras el demandado

²⁹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145.

litiga a un coste reducido. Un foro de competencia judicial internacional eficiente es el que debe comporta costes de litigación reducidos para ambos litigantes, no sólo para uno. Si el foro sólo es eficiente para el demandado e ineficiente para demandante, el posible actor (= que teme un incumplimiento de la otra parte), no contratará, renunciará al comercio internacional y todos saldrían perdiendo, pues el intercambio, y especialmente, el intercambio internacional beneficia a ambas partes, como es bien claro en la teoría económica del Derecho, como ha acreditado abundante doctrina³⁰. No obstante, ante el elevado coste de tener que asumir el viaje jurisdiccional y tener que presentar su demanda ante los tribunales del Estado donde el demandado tiene su domicilio, lo eficiente puede ser, para el actor, no demandar. Es más, sin cobertura jurisdiccional a un coste razonable, no hay seguridad en el intercambio y sin dicha seguridad que debería proporcionar el Derecho, el intercambio es arriesgado y con frecuencia, inconveniente por ineficiente. La regla *actor sequitur* puede hacer que lo eficiente sea no relacionarse jurídicamente con sujetos que tienen su domicilio en otros Estados por temor a que dichos sujetos incumplan sus compromisos y a que demandarles, en su país, resulte muy oneroso.

2. La tergiversación histórica de la regla *actor sequitur forum rei*

A) *Actor sequitur*: competencia de los tribunales de situación de la cosa litigiosa

17. El foro del domicilio del demandado hoy recogido en el art. 4.1 RB I-bis y en la inmensa mayoría de legislaciones de Derecho internacional privado de todos los países del mundo constituye un precipitado histórico de la clásica y tantas veces ya citada antes regla “*actor sequitur forum rei*”. Como explica con toda solidez J. SCHRÖDER, el origen próximo de esta máxima es medieval pero sus auténticas raíces remotas son romanas³¹. Como casi todo en Derecho Privado.

Extraña, es cierto, que una regla jurídica haya pervivido tantos años, más de mil, en todo el mundo. Resulta paradójico, es cierto, que en los anteriores párrafos se haya destacado con énfasis la ineficiencia de la regla *actor sequitur* y que, pese a ello, la regla en cuestión haya sobrevivido desde tiempos de la Roma clásica y que todavía hoy sea considerada por los textos más modernos de Derecho internacional privado, como un principio primordial, como una clave de bóveda fundamental en la regulación de la competencia judicial internacional. Sin embargo, una exploración histórica puede demostrar, sin sombra de duda, que la regla *actor sequitur* nació como una regla sumamente eficiente para fijar el tribunal competente en la litigación internacional pero que, por diversas razones, fue tergiversada, manipulada y falseada hasta convertirse en una regla ineficiente. Litigar ante los tribunales del país donde el demandado tiene su domicilio no es eficiente, pero ése no es el auténtico sentido de la auténtica regla *actor sequitur* tal y como se concibió en su origen.

18. Como se ha indicado, la regla “*actor sequitur forum rei*” ha sido interpretada tradicionalmente como “el actor debe litigar en el país del domicilio del demandado”, ya que “*rei*” es el genitivo de

³⁰ Vid. de modo muy ilustrativo, M. MONTALVO RODRÍGUEZ, *Historia y alienación de las ideas económicas*, Ed. Hesperia, Jaén, 1979, p. 66. Para el Derecho en general, vid. P. SCHWARTZ, “El comercio internacional en la historia del pensamiento económico”, en <http://www.ucm.es/info/iudem>, esp. p. 5 y 8-13; C. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, Tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900, esp. p. 2847: “ese juez que se sitúa en una posición ‘ex ante’ respecto de los hechos podrá ver la transacción -contractual o extracontractual- como un juego de suma positiva en el que todos pueden ganar...”; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho”, www.indret.com, enero 2007, pp. 1-13, esp. p. 10: “El análisis económico de los contratos – y su lógica es extensible a cualquier sector del derecho privado – ha puesto de manifiesto que las relaciones entre particulares no deben verse como conflictos sino como oportunidades para la cooperación mutuamente beneficiosa y lo hace cambiando la perspectiva”; W. LANDSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Colex, Madrid, 2003, p. 186. Para el DIPr., vid. J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 33-39.

³¹ J. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit*, Opusculum, Westdeutscher Verlag, 1971, pp. 229-232. Muy bien exploradas las vicisitudes históricas de esta regla en Ph. FRANCESCAKIS, “Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel”, *TCFDIP*, 1962-1964, pp. 291-323; D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, pp. 235-259; H. GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, Paris, PUF, 1964; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145; J.J. FAWCETT (dir.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Clarendon Press Oxford Private International Law Series, 1995, *passim*.

“*reus*” (= “demandado”, de la segunda declinación latina). Sin embargo, las cosas no son tan sencillas ni están tan claras. Para empezar, la formulación completa de la regla jurídica es, subraya G. PEREIRA-MENAUT, “*actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur*”³².

19. En su origen más auténtico, ilustra A.T. VON MEHREN en su muy brillante curso profesado en el Academia de Derecho internacional de La Haya, la palabra “*rei*” también puede ser interpretada y entendida como el genitivo del sustantivo “*res*” (= “cosa”, de la quinta declinación latina) y no como el genitivo del nombre “*reus*” (= “demandado”) ³³. En dicho sentido, la regla debería traducirse como “el actor debe litigar en el lugar donde se encuentra la cosa (litigiosa)”. Esta lectura de la regla *actor sequitur forum rei* permite descubrir que la misma fue, en su origen, un foro especial. En su auténtica y verdadera formulación romana, la regla *actor sequitur* ordenaba litigar ante el tribunal del lugar donde se hallaba la cosa litigiosa y no ante los tribunales del país de domicilio del demandado. Así interpretada, la regla *actor sequitur* constituye un foro de competencia judicial internacional altamente eficiente.

20. En su formulación romana, en efecto, es preciso recordar que ya el mismo Cicerón afirmaba que el nombre “*reus*” no significaba necesariamente “demandado” o “acusado” sino que era sinónimo de “litigante”. La palabra “*reus*” significaba, en realidad, “el que accionaba en relación con un bien”, la persona que se encontraba “junto a la cosa” (= “a-cosa” = “acusado”), como bien remarca M. ARNAL³⁴. Era la “*persona de cuya cosa se trata en el proceso*” (SEXTUS POMPEIUS FESTUS)³⁵. Así lo indica la famosa *Collection Panckoucke*, que es una colección de distintas ediciones de clásicos latinos, entre las que se encuentran las obras completas de Cicerón, con su traducción en francés, y publicada por la casa editorial “Panckoucke” en el siglo XIX³⁶. Lo confirma también el muy prestigioso *Wharton’s Concise Law Dictionary*, con referencia exacta a las obras concretas del gran Cicerón que apuntan el sentido dado al vocablo “*reus*”³⁷. En igual sentido se pronuncia el muy célebre *Black’s Law Dictionary*, en sus numero-

³² G. PEREIRA-MENAUT, *Topica (Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas)*, Ed. Rasche, Madrid, 2010, p. 33, regla 21: “*actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur*”. Vid. *Codex 3.19.3 (Grat., Val., Theod. 385: ‘Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur: Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur; constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri’)*. Aparece muy bien explicado este pasaje por J.R. ROBLES REYES, *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 41.

³³ A.T. VON MEHREN, “Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law”, *RCADI*, 2002, vol. 295, pp. 9-431, esp. pp. 179-185: “*Formulated by Roman jurists near the end of the third century AD, the maxim ‘actor sequitur forum rei’ is of ancient lineage. ‘Rei’ being the genitive form as well of ‘res’, a thing, as of ‘reus’, a defendant, the phrase signifies that the moving party must seise, as the case may be, the forum of the defendant or to the property in suit*”.

³⁴ “... [S]i bien su origen [del vocablo “acusado”] es la palabra latina *causa*, que significa, además de *causa*, *excusa*, *pretexto* y también *enfermedad* (la *causa* o la *excusa* más común), y *asunto*, *materia* (...). En cualquier caso, *reo* y *acusado* tienen en común que ambos se refieren a la *responsabilidad objetiva*. Se busca la *vinculación directa* de la *cosa* con el *causante* (*cosante* diríamos sin diptongar), y se *acusa* a aquel que tiene que ver directamente con la *cosa* (*ad* = *junto a*, *pegado a la cosa*, *ad-cusatus*). *Estar uno totalmente pegado a la cosa*, tanto que es el *causante*, el *elemento indispensable* para que se produzca la *cosa* (...). Vid. http://www.elalmanaque.com/El_Origen_de_las_Palabras/derecho-politica/Reo.html.

³⁵ SEXTUS POMPEIUS FESTUS, *De Verborum Significatione*, André Dacier’s edition, 1700 (la publicación original data de 1471), Mediolani (Pamphilus de Castaldis et Fortunatus Zarotus) que se puede consultar en la biblioteca virtual Cervantes (<http://www.cervantesvirtual.com/obra/de-verborum-significatione/>), obra también citada por L. DE MAURI, *Regulae Juris, Collectio Locupletissima*, Hoepli, Mediolani, Milano, 1976, p. 9: “*reus est cuius de re agitur*”.

³⁶ Vid. *Bibliothèque latine-française ou Collection des classiques latins, avec la traduction en français, Oeuvres complètes de Cicéron, dialogues de l’Orateur*, París 1889, p. 559: “*Ici Antoine lui donne un sens plus étendue, et lui fait signifier ‘le client’, celui pour qui l’on plaide, ‘cuius res agitur, cuius res est’*”.

³⁷ Vid. *Wharton’s Concise Law Dictionary*, 15ª ed., 2009, p. 20: “*Actor, a doer, generally a plaintiff or complainant. In a civil or private action the plaintiff was called by the Romans ‘petitor’; in a public action (‘public action’) he was called ‘accusator’ (Cicerón Ad Att. 1. 16). The defendant was called ‘reus’, both in private and public causes; this term, however, according to Cicero, (de Orat. II. 43) might signify either party, as indeed we might conclude from the word itself. In a private action, the defendant was often called ‘adversarius’, but either party might be called so with respect to the other*”.

sas ediciones³⁸. También muy expresivo, con referencias nuevamente en favor de Cicerón, resulta ser la contribución debida a P. BERTOZZI³⁹.

21. La regla clásica, en su formulación ciceroniana, apuntaba, pues, a la competencia del juez que correspondía al lugar donde estaba la cosa litigiosa. Sin embargo, la regla, en la práctica, se corrompió y pasó a ser entendida como un foro del lugar del domicilio del demandado. Y ello fue debido, principalmente, a tres razones.

22. En primer término, visto que la cosa litigiosa solía encontrarse en el lugar donde el demandado tenía su domicilio, por economía de razonamiento judicial, los tribunales entendieron que la regla *actor sequitur* debía y podía ser interpretada en el sentido de atribuir la competencia, directamente, al juez del lugar del domicilio del demandado. El demandado era designado también como el “acusado” (= “persona que se halla junto a la cosa”: “a-cusado”). Ello permite descubrir que el tránsito conceptual del lugar de situación de la “cosa” al lugar del “domicilio del demandado” (= “acusado”) fue, en realidad, sencillo y se debió a motivaciones prácticas.

23. En segundo lugar, el Derecho Privado, siempre y especialmente a partir de la Edad Media, ha mostrado un singular sesgo conservador del estado de la cuestión. Por ello se extendió como una mancha de aceite la idea de que el sujeto que quiere alterar el *status quo* mediante la presentación de su demanda debe acudir al foro de la otra parte, observa M. WOLFF⁴⁰. En las palabras de CH.N. FRAGISTAS, la regla *actor sequitur* constituye, en efecto, una expresión del espíritu conservador del Derecho, pues otorga una clara preferencia al sujeto que defiende el *status quo* y no al que persigue alterarlo mediante la presentación de su demanda⁴¹. Como subrayan Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, la regla *actor sequitur* protege al demandado frente a los problemas que le suscitaría un proceso lejano que puede iniciarse sin un conocimiento previo del demandado, pues la iniciativa del proceso judicial corresponde siempre al actor. El demandado se beneficia, mientras todavía no se ha dictado la sentencia, de una especie de presunción de inocencia civil⁴². En la misma línea, explica de modo muy ilustrativo y oportuno O. CACHARD que mientras que el juez no se pronuncie, no puede saberse si la acción ejercitada por el demandante está legalmente justificada. Por ello, conviene hacer recaer los costes del proceso sobre el demandante, ya que ha sido éste el que ha tomado una iniciativa que puede resultar injustificada en Derecho y ha perturbado la «tranquilidad del demandado», «*la quiétude du défendeur*». Si la acción triunfa y el actor vence el litigio, el tribunal ordenará que se le reembolsen los gastos y costas derivados del «viaje jurisdiccional» que tuvo que realizar al tener que ejercitar su acción ante los tribunales del Estado de domicilio del demandado⁴³.

24. En tercer lugar, este proceso de corrupción conceptual de la regla *actor sequitur* se vio impulsado también por las enormes dificultades de definir qué se entendía por “domicilio” durante toda la época romana. En efecto, como explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la confusa,

³⁸ *Black's Law Dictionary*, 2nd Edition, New Jersey, 1995, p. 28: “According as ‘rei’ is the genitive of ‘reus’, a thing or ‘reus’, a defendant, this phrase means: The plaintiff follows the forum of the property in suit, or the forum of the defendant’s residence”. Este sentido se toma del muy famoso libro de THOMAS BRANCH, *Branch’s Collection of Legal Maxims Branch*, también conocido como *Principia Legis et Aequitatis, Being an Alphabetical Collection Maxims*, 1824, p. 12.

³⁹ P. BERTOZZI, *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, 5ª ed., Ipsoa, Milano, 2001, p. 173: “Reus” = a differenza del diritto moderno, dove il reo è sempre colui che ha commesso un reato (e quindi, più in generale, il colpevole, il responsabile), nel diritto romano il termine ‘reus’ significava anche, nella sua accezione più lata, ‘parte in causa’ (Cicerone infatti definiva rei ‘omnes, quorum de re disceptatur’ ossia tutti quelli di cui si discute in giudizio). In una accezione più stretta, reus era anche il debitore, colui che aveva assunto un’obbligazione (‘reus stipulandi’) significava, infatti, ‘obbligato per contratto’).

⁴⁰ M. WOLFF, *Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 2nd ed., 1950, pp. 62-63.

⁴¹ CH.N. FRAGISTAS, “La compétence internationale en droit privé”, *RCADI*, vol.109, 1961, pp. 159-267, esp. p. 199. En el mismo sentido, H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 5ª ed., München, Beck, 2010, p. 89, así como L.I. DE WINTER, “Excessive Jurisdiction in Private International Law”, *ICLQ*, 1968, pp. 706-720 y P.H. NEUHAUS, “Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1955, pp. 240-260, esp. p. 232, nota [54].

⁴² Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 650.

⁴³ O. CACHARD, *Droit international privé*, 6ª éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 37-38.

nebulosa y poliédrica noción de “origo” (= vinculación de una persona con el lugar de su origen, con su ciudad, de la que dicha persona y su familia procedían) sólo provocaba incerteza y por ello se volvió rápidamente un concepto inútil para el Derecho Privado⁴⁴. Todo ciudadano romano tenía un *origo*, que se identificaba con el lugar en relación con el cual dicha persona estaba obligada a cumplir sus deberes y obligaciones como ciudadano romano. Sin embargo, la extraordinaria expansión romana por África, Asia y Europa llevó al hecho de que una persona con *origo* en una concreta ciudad tuviera al mismo tiempo casa o vivienda en otra ciudad o ciudades, frecuentemente, muy lejanas de su *origo*. Debido a esta circunstancia, apunta M.A. NOVILLO LÓPEZ, y sin extinguirse en modo alguno el concepto de *origo*, el Derecho romano creó el concepto de “*domicilium*”⁴⁵. Se trata del lugar donde la persona tiene su residencia estable, su “*domus*”, el lugar donde la persona ha decidido situar el “*centro de sus actividades vitales y negociales*”, señala M^a.L LÓPEZ HUGUET⁴⁶. Puede afirmarse que, en general, el domicilio romano está constituido por dos elementos: la presencia física de la persona en un concreto lugar (*domus colere*) y la intención de dicha persona de permanecer de modo estable en dicho lugar (*animus manendi*). De todos modos, indica J.R. ROBLES REYES, existían en Derecho romano muchos domicilios fijados legalmente para casos específicos: soldados, senadores, magistrados, menores, etc.⁴⁷. El *origo*, que tanto ocupó y preocupó a F.K VON SAVIGNY en su insigne obra, se revela como una noción arcana e inservible a la hora de precisar los tribunales competentes en los pleitos, especialmente en los civiles, pues era habitual que el sujeto no se encontrara nunca en el lugar de su *origo* y sí en el lugar de su domicilio⁴⁸.

En el bajo imperio, todo empeora. Literalmente. El muy profundo declive del Derecho y de la ciencia jurídica hace que las sutilezas escapen a los expertos legales de la época. Ello explica, también, que las nociones de *origo* y domicilio tiendan a confundirse, dicho esto con la mayor de las cautelas⁴⁹. Durante cierto tiempo, el *origo* se utilizó para fijar la Ley aplicable a la persona mientras que el domicilio, debido a que suponía una auténtica y real presencia física del sujeto en dicho lugar, se utilizó como criterio para determinar la competencia de los tribunales. Tras la caída del Imperio romano de Occidente (476 ddC) y la llegada de las invasiones bárbaras, el concepto de *origo* carece ya de sentido y se abandona de forma paulatina pero irremediable. Tras unos años de pervivencia de la Ley personal entendida como Ley del pueblo o comunidad a la que pertenece la persona, aplicada en la práctica a través de la *professio juris*, llega el feudalismo medieval. Éste propicia el triunfo del “domicilio” como criterio fundamental para precisar cuáles son los tribunales competentes y la legislación reguladora del fondo del pleito⁵⁰.

25. En definitiva, el proceso se completa con el paso de los años y entendimiento de la regla *actor sequitur* como “foro del domicilio del demandado” se consolida. Así puede apreciarse en la Constitución de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 385, que se lee en el citadísimo texto del *Codex Justinianus*, I, 3,19,3.

⁴⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª edición, Comares, Granada, 2017, pp. 53-55.

⁴⁵ M.A. NOVILLO LÓPEZ, “Emigrantes en el mundo romano: algunas precisiones sobre el término incola”, *Espacio, tiempo y forma, Serie II, Historia Antigua*, núm. 25, 2012, pp. 415-422.

⁴⁶ M.L. LÓPEZ HUGUET, *El régimen jurídico del domicilio en Derecho Romano*, Tesis doctoral dirigida por Antonio Fernández de Buján (dir. tes.), Alfonso Agudo Ruiz (dir. tes.). Universidad de La Rioja (2007), accesible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/tesis/18554.pdf>, pp. 25-33 y publicada posteriormente como M^a.L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico del domicilio en Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 2008.

⁴⁷ J.R. ROBLES REYES, *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, pp. 35-39.

⁴⁸ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 1356-1357 y 1442-1459.

⁴⁹ Las relaciones entre *origo* y *domicilium* en Derecho romano son complejas, evolutivas y están sujetas a una tensa discusión, tan profunda como vibrante, entre los especialistas en esta disciplina. *Vid.* al respecto, F. CUENA BOY, Ω“Recensión a M^a Luisa López Huguet. Régimen jurídico del domicilio en Derecho Romano” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, pp. 971-974.

⁵⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *RCADI*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 255-259.

No obstante, este pasaje del *Codex* abre en su segunda frase la posibilidad de demandar en el lugar donde están las cosas, explica J.R. ROBLES REYES, lo que confirma la raíz auténtica de la regla *actor sequitur*⁵¹.

Por otro lado, muchos años antes, señala con toda propiedad F. REINOSO BARBERO, los juristas romanos ya habían comprendido que no era adecuado considerar el foro del domicilio del demandado como único foro de competencia territorial y habían abierto innumerables excepciones a la regla⁵². En general, estas excepciones apuntaban a la prevalencia del foro elegido por los litigantes y a la posibilidad de litigar en el lugar donde se hallaba la herencia para casos sucesorios, la cosa litigiosa para acciones contractuales, reales y posesorias, lugar de administración del patrimonio para casos relativos a rendiciones de cuentas, en la gestión de negocios ajenos, y otros casos similares. Es interesante hacer constar, con J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, que durante la Baja Edad Media, el nacimiento de los foros especiales de competencia judicial como excepciones o alternativas al foro del juez natural del domicilio del demandado se justifica en la soberanía del Estado⁵³. Así es, porque los juristas medievales, en brillante construcción teórica, afirmaban que cuando un contrato se firmaba en un país, los contratantes se hacían “súbditos voluntarios” de dicho país *ratione contractus*, según la célebre cita de BALDO DE UBALDIS, bien referenciada y recordada por H. BATIFFOL en sus clásicos estudios sobre contratación internacional⁵⁴. Y cuando un ilícito se comete en otro Estado, el acusado ha actuado como súbdito del país donde la cosa dañada estaba situada. De ese modo, el foro *actor sequitur*, construido sobre la idea de soberanía del Estado, es desplazado por unos foros especiales también edificados, como no podía ser de otro modo, sobre la soberanía estatal. A partir de ese momento, se inicia un debate científico extraordinariamente vigoroso sobre el carácter facultativo o exclusivo de los foros especiales y en particular del *forum ratione contractus* en relación con el foro del domicilio del demandado. Da cuenta de esta singular tensión el gran jurista L. BOULLENOIS ya en el siglo XVIII. El debate sigue vivo en el siglo XXI, como se verá más adelante⁵⁵.

No obstante, a pesar de todos estos matices, inflexiones y excepciones al foro del domicilio del demandado, puede afirmarse que, en definitiva, la regla *actor sequitur*, que originariamente apuntaba a la competencia del juez del lugar donde la cosa litigiosa se encontraba, pasó a entenderse durante el Imperio Romano como regla que ordenaba litigar ante los tribunales del domicilio del demandado. así lo expone J.R. ROBLES REYES en su magnífica obra relativa al foro del domicilio del demandado (*actor sequitur*) en Derecho romano clásico e imperial y en Derecho medieval⁵⁶.

26. Con este sentido, la regla *actor sequitur* desembarcó en la Edad Media y así fue entendida durante todo el período de redescubrimiento del Derecho Romano en Europa, como han documentado R. DOMINGO OSLÉ / B. RODRÍGUEZ ANTOLÍN⁵⁷. Procedente del Derecho medieval, la regla “*actor sequitur*

⁵¹ Vid. J.R. ROBLES REYES, *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 41: *Codex* 3.19.3 (Grat., Val., Theod. 385: “*Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur: Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur; constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri*”).

⁵² F. REINOSO BARBERO, *Derecho romano y fundamentos jurídicos de Europa*, Ed. Olejnik, Buenos Aires, 2018, pp. 438-339, especialmente en nota [6].

⁵³ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *RCADI*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 255-258.

⁵⁴ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, 1938, pp. 12-19; H. BATIFFOL, “Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative”, *De conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D.Kollewijn / J.Offerrhaus*, Leyden, Sijthoff, 1962, pp. 5-24. También se refieren a esta construcción J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *RCADI*, vol.156, 1977, pp. 233-376; y P. HÉBRAUD, “De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître”, *RCDIP*, 1968, pp.205-225.

⁵⁵ L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, París, 1766, tomo II, p. 456, citado y referenciado, entre otros, por H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, 1938, pp. 12-19 y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *RCADI*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. p. 239.

⁵⁶ J.R. ROBLES REYES, *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, pp. 49-55.

⁵⁷ R. DOMINGO OSLÉ / B. RODRÍGUEZ ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 19, regla número 14 (*actor sequitur forum rei*). Los autores citan como fuentes de la regla *actor sequitur* diversos textos medievales de extraordinaria difusión en aquellos tiempos. En primer lugar, el mismo *Codex Iustinianus* 3,19,3 tal y como fue recogido por BARTHOLO en su *Commentaria ad Codicem VIII*, char. 114, CJ

= domicilio del demandado” pasó al Derecho moderno y de ahí al Derecho actual. El foro del domicilio del demandado derrotó al foro del lugar de la cosa litigiosa, lo que se explica, como se ha subrayado, por motivos puramente históricos. Ocurrió lo que nunca debió haber ocurrido.

B) Eficiencia de la competencia de los tribunales del lugar de situación de la cosa litigiosa.

27. Una lectura correcta de la regla *actor sequitur* en el sentido de atribuir la competencia a los jueces del lugar de situación de la cosa litigiosa, hace de dicha regla un foro de competencia judicial internacional altamente eficiente. Varias razones lo demuestran.

28. En primer lugar, así comprendida, la regla *actor sequitur* permite a ambos litigantes tener perfecto conocimiento, *a priori* (= esto es, antes de un eventual litigio), con extrema facilidad, de cuál es el tribunal competente. En efecto, en circunstancias normales, las partes saben, en el momento del litigio, dónde se halla la cosa litigiosa. Con frecuencia dicho lugar será el país donde se debe ejecutar la “prestación principal del contrato”. Por ejemplo, el país donde, según indica el contrato, se han entregado o se deben entregar las mercancías objeto de una compraventa internacional de mercancías. Es, por tanto, un foro previsible *ex ante*, porque ambas partes pueden prever perfectamente que, si surge un litigio, éste se desarrollará en el lugar de situación del objeto material del litigio. Así, la regla *actor sequitur* potencia la llamada “seguridad jurídica de ordenación”: las partes saben, antes del litigio, cómo deben orientar sus comportamientos jurídicos.

29. En segundo lugar, así entendida, la regla *actor sequitur* opera como un foro equidistante para ambas partes. Es un foro eficiente para ambos sujetos. Se litiga ante los tribunales del país donde se encuentra la cosa litigiosa, y no es relevante si dicho lugar es o no el país donde tiene su domicilio el demandado o el demandante. Con esta interpretación, la auténtica regla *actor sequitur* facilita una litigación internacional a bajo coste y para ambos litigantes. No esconde ningún privilegio de jurisdicción ni penaliza las relaciones jurídico privadas en el escenario internacional. Responde a un principio de “pura proximidad” del litigio con el país cuyos tribunales son competentes.

30. En tercer lugar, la regla *actor sequitur* entendida como atribución de la competencia internacional en favor de los tribunales del lugar de situación de la cosa litigiosa, trae como consecuencia una sencilla, fácil y rápida ejecución material de la sentencia que pudiera dictarse por tales tribunales. Esto es, se trataría de ejecutar una sentencia nacional en el territorio del país cuyos jueces la han dictado. No es preciso ningún *exequatur* previo ni será posible una oposición a la ejecución de la sentencia basado en motivos relacionados con el hecho de que ha sido dictada por una jurisdicción extranjera. Tras el proceso declarativo, no es necesario “viajar a otro país” para ejecutar la sentencia. La sentencia dictada en casa se ejecuta en casa.

IV. Actor sequitur forum rei y art. 4.1 Reglamento Bruselas I-bis

1. El art. 4.1 RB I-bis como foro de competencia judicial internacional

31. Como resulta ampliamente conocido por los expertos en Derecho internacional privado, el 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 constituye el instrumento legal internacional de mayor importancia para la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, conocido como “Reglamento

3.13.2, núm.1. En segundo lugar, la obra de ODOFREDO, *Lectura super Digesto vetus (veteri)* fol. 202 ad D. 5.1.19, n.2, que se refiere a “*actor regulariter sequitur forum rei ubi fallit*”. En tercer lugar, la contribución de PIETRO DI BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum*, 4. En cuarto término, BALDO DE UBALDIS, *Commentaria ad Codicem*, 3.13.2, p. 517, que de modo muy expresivo indica: “*actor debet sequi forum rei, non reus forum actoris*”.

Bruselas I-bis". Su ámbito de aplicación material es muy extenso (*vid.* art. 1 RB I-BIS)⁵⁸. Se trata, en verdad, del "Reglamento general" de la UE en lo relativo a la competencia judicial internacional en materias civiles patrimoniales y en lo que respecta a la libre circulación de decisiones en tales materias. Es el referente valorativo fundamental del Derecho procesal civil internacional en la Unión Europea⁵⁹. Este Reglamento trae causa del venerado Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, que posteriormente, sin ser derogado, fue transformado en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 (Reglamento Bruselas I) y éste, sí derogado, dio lugar al vigente Reglamento 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (Reglamento Bruselas I-bis).

32. Los Estados participantes en el Reglamento Bruselas I-bis son todos los Estados de la UE, Dinamarca incluida tras la conclusión del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca⁶⁰. En este sentido, el Reglamento Bruselas I-bis se aplica en Dinamarca no como un Reglamento de la UE, sino en virtud de un convenio internacional, es decir, como disposiciones legales que forman parte de un convenio internacional en el que son partes, por un lado, la UE y por otro lado, Dinamarca.

33. En los litigios relativos a materias cubiertas por el citado Reglamento Bruselas I-bis, -litigios internacionales que afectan, fundamentalmente, a derechos reales, contratos, obligaciones extracontractuales y cuestiones de Derecho societario-, y con arreglo al art. 4.1 RB I-bis, son competentes los tribunales del Estado miembro en el que se halle domiciliado el demandado⁶¹. El precepto indica, en

⁵⁸ DOUE L 351 de 20 diciembre 2012. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 715-728.

⁵⁹ La bibliografía científica sobre este Reglamento, sobre su antecesor el Reglamento 44/2001 y sobre el precedente de éste, el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, es amplísima e inabarcable. Todos los estudios sobre estos textos legales recogen reflexiones sumamente interesantes sobre el carácter, la extensión y la operatividad de la regla *actor sequitur forum rei* en el sistema de competencia judicial directa de dichos instrumentos legales. No debe olvidarse la lectura de los informes oficiales siguientes: Informe sobre la versión original del Convenio de Bruselas, de P. JENARD (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180); Informe sobre el primer convenio de adhesión, de P. SCHLOSSER (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 184-256); Informe sobre el segundo Convenio de adhesión, de D. EYRIGENIS / K. KERAMEUS (DOCE C 189 de 28 julio 1990, pp. 257-284); Informe sobre el tercer Convenio de adhesión, de D.M. DE ALMEIDA CRUZ / M. DESANTES REAL, Y P. JENARD (DOCE C/189 28 julio 1990, pp. 35-56). Para las primeras contribuciones doctrinales pueden consultarse las referencias contenidas y citadas en J.D GONZÁLEZ CAMPOS / J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado español I, Derecho Judicial Internacional. Textos y materiales*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1992, pp. 138-141; M. DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Ed. Bosch, 1986, pp. 389-418.

⁶⁰ *Vid.* Decisión del Consejo de 27 abril 2006, así como los Considerandos (8) y (41) RB I-bis. Un ejemplo de aplicación de esta regla puede verse en el AAP Madrid 23 abril 2010 [sumisión a tribunal inglés en virtud de cláusula en conocimiento de embarque] [CENDOJ 28079370282010200057].

⁶¹ Sobre la regla *actor sequitur* en el Reglamento Bruselas I-bis, pueden verse, sin ánimo exhaustivo, entre la muy numerosa doctrina sobre el mismo, AA.VV. (Coord. P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016; J. ADOLPHSEN, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 2ª ed., Berlin, Heidelberg, 2015; B. ANCEL, "Les cinquante ans de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *REDI*, 2018, pp. 13-22; R. ARENAS GARCÍA, "Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis", *REDI*, 2013, pp. 377-382; J.P. BÉRAUDO, "Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *JDI Clunet*, 2013, núm. 3, pp. 741-763; I. BERGSON, "A new frontier for Brussels I – private law remedies for breach of the Regulation?", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 356-385; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 2015; A. BRIGGS, *Civil jurisdiction and judgments*, 6ª ed., Abingdon, Informa, 2015; F. CADET, "Le nouveau règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté", *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 765-790; S.M. CARBONE / C.E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale: il Regolamento UE n. 1215/2012*, Torino, Giappichelli, 2016; D. CZERNICH / G. KODEK / P.G. MAYR (HRSG.), *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht: Brüssel Ia-Verordnung (EuGVVO 2012) und Übereinkommen von Lugano 2007*, 4ª ed., Wien, LexisNexis ARD Orac, 2015; B. CAMPUZANO DÍAZ, "Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma", *REEI*, 2014; A. DICKINSON / E. LEIN / A. JAMES (EDS.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015; J.F. DICKLER, *Schiedsgerichtsbarkeit und Reform der EuGVVO - Standort Europa zwischen Stagnation und Fortschritt*, Mohr Siebeck, 2015; F. FERRARI / F. RAGNO, *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a Panacea?*, Cedam, 2016; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: matières civile et commerciale. Règlements 44/2001 et 1215/2012, conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 5ª ed., Paris, LGDJ, 2015; R. GEIMER / E. GEIMER / G.

efecto: “1. *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*”⁶². Debe ser destacado, con C. FOCARELLI, que el Reglamento, al colocar al domicilio del demandado como foro general de su sistema de competencia judicial internacional, ha descartado otros criterios también presentes en la praxis internacional. Así, ninguna relevancia como foros de competencia internacional presentan en este art. 4.1 RB I-bis, criterios tales como la nacionalidad del demandado, la residencia habitual o mera residencia *de facto* del mismo o la existencia, en un Estado miembro, de un representante autorizado por el demandado para actuar en juicio⁶³. El domicilio del demandado alza la bandera de su victoria sobre todos estos otros criterios.

Por otro lado, el domicilio del demandado en un Estado miembro debe ser determinado, pese al silencio del art. 4.1 RB I-bis al respecto, como apuntan, entre otros, J. KROPHOLLER y H. GAUDEMÉT-TALLON, en el momento de presentación de la demanda por el actor⁶⁴. Aunque, como observa C. FOCARE-

GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7ª ed., Köln, Schmidt, 2015; E. GUINCHARD (DIR.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis: Règlement no 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 2014; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ / S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, «El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n. 48, 2013, pp. 9-35; P. GROLIMUND, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Europäischen Union*, 3ª ed., Zürich, St. Gallen, Dike, 2016; T.C. HARTLEY, *Civil jurisdiction and judgments in Europe: the Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2017; A. JUNKER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2015; M. KÖCK, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; V. LAZIĆ / S. STUIJ, “Brussels Ibis in relation to other instruments on the global level”, en V. LAZIĆ/S. STUIJ (EDS.), *Brussels Ibis Regulation: changes and challenges of the renewed procedural scheme*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 119-152; H. LINKE / W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6ª ed., Köln, Schmidt, 2015; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation –Commentary, European Commentaries on Private International Law*, volume 1, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2016; A. MALATESTA (ED.), *La riforma del regolamento Bruxelles I: il regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla giurisdizione e l'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2016; P. MANKOWSKI, «The role of party autonomy under the Brussels I bis Regulation», *Hamburg Law Review*, 2016-1, pp. 52- 77; A.M. MARINELLO, *Kompetenzkonflikte sowie grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung im Europäischen Justizraum: die Neufassung der EuGVVO durch die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012*, Aachen, Shaker Verlag, 2016; P.G. MAYR (HRSG.), *Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2017; A. NUYTS, «La refonte du règlement Bruxelles I», *RCDIP*, 2013-I, vol. 102, pp. 1-63; V. PARDO IRANZO, *Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Extranjeras en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; D. PAULUS / E. PEIFFER / M.C. PEIFFER, *Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (Brüssel Ia): Kommentar zur Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (EuGVVO)*, München, Beck, 2017; TH. RAUSCHER (dir.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, vol. I, Brüssel Ia-VO, 4a ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015; J. SCHMIDT, *Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht: eine Analyse der Entscheidungen des EuGH zum EuGVÜ und der EuGVVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012. Evoluzione e continuità del «sistema Bruxelles-I» nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*, 4ª ed., 2015; J. SCHMIDT, *Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht: eine Analyse der Entscheidungen des EuGH zum EuGVÜ und der EuGVVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015; P.F. SCHLOSSER / B. HESS, *EU-Zivilprozessrecht: EuGVVO, EuVTVO, EuMahnVO, EuBagVO, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO, EuKiPVO. Kommentar*, 4ª ed., München, Beck, 2015; A. STADLER, “Harmonisierung des europäischen Zivilprozessrechts: Mindeststandards oder Modellregeln?”, *Juristenzeitung*, 72, 14, 2017, pp. 693-701; F.C. VILLATA, “Rapporto sull'applicazione in Italia del Regolamento (CE) n. 44/2001, del 22 dicembre 2000 (“Bruxelles I”), e del Regolamento (UE) n. 1215/2012, del 12 dicembre 2012 (“Bruxelles I-bis”), concernenti la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”, en S. BARIATTI/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di familia*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, Padova, CEDAM, 2016, pp. 3-81; M. WELLER / C. ALTHAMMER (HRSG.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzungen für gegenseitiges Vertrauen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

⁶² Una aplicación de dicho foro puede verse en la SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002 [JUR 2002\228306] y AAP Guipúzcoa 10 octubre 2006 [accidente de circulación en Francia y demandado con domicilio en España] [CENDOJ 20069370022006200276].

⁶³ C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 34-35. También, con ulteriores argumentos, D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-147 y I. GUARDÁNS CAMBÓ, «Artículo 2», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 62-67.

⁶⁴ H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement 44/2001, conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 5ª ed., Paris, L.G.D.J., 2015, p. 57; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 5ª ed., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1996, p. 74. También, con cita de jurisprudencia británica que aplica el Reglamento Bruselas I y el Convenio de Bruselas en relación con la cuestión,

LLI, la STJCE 7 junio 1984, 129/83, *Zelger vs. Salitrini [III]*, pudiera suscitar algunas dudas al respecto, -ya que parece decantarse por considerar que el momento de precisión del domicilio del demandado es una cuestión procesal no regulada por el Reglamento Bruselas I-bis y que quedaría es manos del Derecho procesal del Estado miembro ante cuyos tribunales se litiga-, el FD 15 de dicha sentencia no es definitivo. Se refiere dicho *obiter*, más bien, al momento de precisión de la situación de «litispendencia europea», como ha precisado P. FRANZINA⁶⁵. Es pues conveniente apreciar el domicilio del demandado en el momento de ejercicio de la acción o presentación de la demanda por el actor⁶⁶.

34. Así interpretado, este foro potencia y fortalece la seguridad jurídica en el escenario de la litigación internacional, como puede verse en la STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2005. Es, en efecto, un foro previsible para ambos litigantes (Cons. 15 RB I-bis)⁶⁷. La fe radical y sin fisuras que demuestra el legislador europeo en este tradicional foro de competencia internacional es tan elevada, que ni siquiera los Considerandos del Reglamento Bruselas I-bis explican por qué el foro del domicilio del demandado constituye la regla general del Reglamento Bruselas I bis. Nada se dice sobre el fundamento de este foro en tales Considerandos. Aunque como muy bien subraya M. REQUEJO ISIDRO, tales “Considerandos” no tienen valor de norma jurídica coactiva, ese silencio elocuente resulta revelador⁶⁸. El texto legal del citado Cons. (15) RB I-bis se limita a afirmar apodícticamente que “[L]a competencia judicial debe regirse siempre por este principio...”, como si fuera un mandato divino.

35. Del mismo modo, el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro facilita y refuerza el acceso a los tribunales, pues resulta relativamente sencillo identificar el país donde tiene su domicilio el demandado, como indica el Cons. (3) RB I-bis⁶⁹.

36. Este art. 4.1 RB I-bis contiene una regla de competencia judicial internacional. No es una regla de competencia territorial. En consecuencia, la determinación del concreto órgano jurisdiccional territorialmente competente se debe realizar con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro en cuestión en el que el demandado tenga su domicilio⁷⁰. La errónea redacción del Cons. [15] *in primis*, que

vid. J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, p. 227. También I. GUARDÁNS CAMBÓ, «Artículo 2», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, p. 67.

⁶⁵ P. FRANZINA, “Lis Pendens Involving a Third Country under the Brussels I-bis Regulation: An Overview”, *RDIPP*, 2014, pp. 23-42. También I. PRETELLI, “Provisional and protective measures in the European civil procedure of the Brussels I system”, en V. LAZIĆ/S. STUIJ (EDS.), *Brussels Ibis Regulation: changes and challenges of the renewed procedural scheme*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 97-117 y A.T. KASTANIDIS, “La litispendence internationale au regard du règlement (UE) 1215/2012 (1)”, *RCDIP*, 2015, *RCDIP*, 2015, pp. 79-588.

⁶⁶ *vid.* STJCE 7 junio 1984, 129/83, *Zelger vs. Salitrini [III]*, *Recueil*, 1984, pp. 2397-2416. [ECLI:EU:C:1984:215]; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 34-35.

⁶⁷ Cons. (15) RB I-bis: “Las normas 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. 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...”.

⁶⁸ M. REQUEJO, “Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations”, *Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Professor Dr. Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Gieseking Verlag, 2018, pp. 426-439.

⁶⁹ Cons. (3) RB I-bis: “(3) La Unión se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, entre otros medios facilitando el acceso a la justicia, en particular gracias al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil. Para el progresivo establecimiento de dicho espacio, la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos en materia civil con repercusiones transfronterizas, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”.

⁷⁰ En tal sentido, sin dudas en la doctrina ni en la jurisprudencia, *vid. inter alia*, P. VLAS, “Article 4” en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation –Commentary*, *European Commentaries on Private International Law*, volume 1, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2016, pp. 106-112, esp. p. 108; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement 44/2001, conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 5ª ed., Paris, L.G.D.J., 2015, p. 60; M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. 362; O. CACHARD, *Droit international privé*, 6ª ed., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 37-38; B. AUDIT / L. D’AVOUT, *Droit international privé*, 7ª ed., Paris, Economica, 2013, pp. 509-510; I. GUARDÁNS CAMBÓ, «Artículo 2», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia*

se refiere al “*principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado*”, como bien subraya J.-P. BÉRAUDO, no debe confundir al buen jurista. Debe procederse con extrema cautela para no interpretar este art. 4 RB I-bis como una regla de “coordinación de sistemas” que conduciría a la aplicación de las normas nacionales de competencia judicial internacional de cada Estado miembro⁷¹. Si así fuera, el resultado sería paradójico, pues podría ser imposible demandar a una persona con domicilio en un Estado miembro ante los tribunales de dicho Estado si las normas nacionales de ese Estado no lo permitiesen. Se trataría, sin duda, de un resultado opuesto y contrario al principio de seguridad jurídica y previsibilidad de la competencia judicial internacional en la UE. En consecuencia, es adecuado no interpretar el art. 4 RB I-bis como una “regla de coordinación de sistemas nacionales de competencia judicial internacional”.

37. El foro del domicilio del demandado recogido en el citado art. 4.1 RB I-bis es empleado con gran frecuencia en la práctica judicial internacional. Pueden verse algunos ejemplos en la jurisprudencia española: ATS Civil 21 octubre 2015 [venta de acciones a residente en Alemania], AAP Madrid 6 febrero 2013 [demandado con domicilio en España y posible competencia de tribunales de Marruecos], SAP Murcia 27 noviembre 2012 [declinatoria basada en arbitraje internacional], SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002; AAP Guipúzcoa 10 octubre 2006 [accidente de circulación en Francia y demandado con domicilio en España]⁷².

2. El art. 4.1 RB I-bis como foro general

38. Es *communis opinio* en la doctrina afirmar que el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis constituye y opera como un “foro general”. Esta afirmación presenta un cuádruple significado.

En primer lugar, este foro opera con independencia de cuál sea la materia objeto del litigio. Ya se trate de un litigio internacional relativo a contratos, daños, cuestiones societarias o derechos reales, el foro del domicilio del demandado resulta operativo.

En segundo término, este foro opera también con independencia del tipo de proceso del que se trate, esto es, ya sea un “proceso declarativo”, un “proceso ejecutivo” (SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002), o un “juicio monitorio” (AAP Cádiz 27 mayo 2003)⁷³.

En tercer lugar, el foro del domicilio del demandado es un foro “general” en tanto en cuanto es también un “foro débil”. No procede activar este foro si el litigio en cuestión versa sobre materias que son objeto de la competencia exclusiva de los tribunales de un Estado miembro (art. 24 RB I-bis). En este caso, recuerda P. VLAS, el demandante está obligado a demandar a la otra parte ante los tribunales recogidos en el art. 24 RB I-bis y no puede hacerlo ante los tribunales del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio⁷⁴. Tampoco procede implementar el foro del domicilio del demandado si

civil y mercantil, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 62-67; F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 1, Parte generale ed obbligazioni*, 8ªed., Milano, 2017, p. 74; T. VIGNAL, *Droit international privé*, 4ª ed., Paris, Sirey, 2017, pp. 343-345; P. JENARD, “Informe sobre la versión original del Convenio de Bruselas”, DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180, p. 139: “Por consiguiente, una vez que se cita al demandado ante uno de los tribunales del Estado en cuyo territorio se encuentra domiciliado, las reglas internas de competencia de dicho Estado recobran su plena aplicación. Remite aquí el Convenio a la ley interna del juez que conoce del asunto; el Convenio decide sobre la competencia general de los tribunales del Estado de dicho juez y la ley de dicho Estado decide por su parte sobre la competencia especial de uno u otro tribunal de dicho Estado. Esta solución parece equitativa, puesto que es normal que se someta al demandado domiciliado en dicho Estado a las reglas internas de la legislación de este último, sin que el Convenio tenga que establecer reglas particulares para protegerle. Además, es eminentemente práctica, puesto que, en la mayoría de los casos, dispensará al juez de tomar en consideración de manera más prolongada el texto del Convenio”.

⁷¹ J.-P. BÉRAUDO, “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*, 2001, pp. 1033-1084.

⁷² AAP Guipúzcoa 10 octubre 2006 [ECLI:ES:APSS:2006:646A]; ATS Civil 21 octubre 2015 [JUR 2015\301223]; AAP Madrid 6 febrero 2013 [CENDOJ 28079370102013200019]; SAP Murcia 27 noviembre 2012 [CENDOJ 30030370012012100547]; SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002 [JUR 2002\228306].

⁷³ SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002 [JUR 2002\228306]; AAP Cádiz 27 mayo 2003 [CENDOJ 11012370072003200090].

⁷⁴ P. VLAS, “Article 4”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation –Commentary, European Commentaries on Private International Law*, volume 1, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2016, pp. 106-112, esp. p. 108. También C. THOLE, «Die Reichweite des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO bei Rechtsstreitigkeiten über Organbeschlüsse», *IPRax*, 2011-VI, pp. 541-547.

existe, entre las partes implicadas, un válido acuerdo atributivo de la competencia en favor de tribunales de un Estado miembro (arts. 25 y 26 RB I-bis). En consecuencia, el foro del domicilio del demandado es, en realidad, no un foro “general”, sino más bien un foro “residual”, sólo operativo en defecto de los otros dos foros citados, que prevalecen sobre el mismo.

En cuarto lugar, el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro es un foro “general” porque convive, en una relación de alternativa jurisdiccional, con los llamados “foros especiales por razón de la materia” recogidos, fundamentalmente, en el art. 7 RB I-bis. Con otras palabras, puede afirmarse que el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro y los foros especiales por razón de la materia son alternativos para el demandante. Éste puede ejercitar acciones legales contra el demandado ante los tribunales del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio (= opción primera) o bien ante los tribunales recogidos en los foros especiales por razón de la materia (= opción segunda)⁷⁵. Así, por ejemplo, en un litigio judicial por incumplimiento de un contrato de venta de automóviles que deben ser entregados en Marsella por vendedor con domicilio en España a comprador con domicilio en Alemania, litigio en el que éste reclama la entrega de tales automóviles, el comprador puede demandar al vendedor ante los tribunales españoles (= foro del domicilio del demandado: art. 4.1 RB I-bis) o bien ante los tribunales de Marsella (art. 7.1.b) guión primero, RB I-bis). El actor elige entre estos dos foros de competencia internacional⁷⁶. Así lo corrobora la jurisprudencia (STJUE 4 octubre 2018, C-337/17, *Feniks*, FD 36 [acción pauliana]; AAP Madrid 27 junio 2012 [contrato internacional de concesión de venta y postventa de vehículos holandeses])⁷⁷.

3. El art. 4.1 RB I-bis y el fundamento de la regla *actor sequitur*.

39. La verdadera razón por la que el foro del domicilio del demandado constituye la regla general de competencia judicial del Reglamento Bruselas I-bis radica, en realidad, en la siempre perniciosa influencia del “principio de soberanía” en el legislador europeo⁷⁸. Éste no quiso que, con carácter general, una norma de Derecho de la UE permitiera “atraer”, ante los jueces de un concreto Estado miembro, a ciudadanos con domicilio en otros Estados. Se partía de la idea de que los ciudadanos están sujetos a los tribunales del Estado en cuyo territorio residen, esto es, están sujetos a la soberanía jurisdiccional de dicho Estado. Por ello, en primer lugar, el Reglamento no quiso obligar, en virtud de normas europeas, a litigar ante tribunales europeos a ciudadanos japoneses, canadienses, norteamericanos, etc. El Reglamento se limitó a establecer que si un Estado miembro quería “atraer a sus tribunales” a ciudadanos con domicilio en terceros Estados, podía hacerlo en virtud de sus normas nacionales de competencia internacional, pero que el Reglamento Bruselas I-bis, una norma de Derecho europeo, no lo iba a hacer, salvo en casos muy contados a los que se refiere el Cons. 14 RB I-bis⁷⁹. En segundo lugar, el Reglamento dio

⁷⁵ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 4ª ed., Paris, Sirey, 2017, pp. 343-345; B. AUDIT / L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7ª ed., Paris, Economica, 2013, pp. 509-510; A.P. ABARCA JUNCO Y OTROS, *Derecho internacional privado*, Editorial UNED, 2ª ed., Colección Grado, Madrid, 2016, pp. 128-130; I. GUARDÁNS CAMBÓ, «Artículo 2», en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 62-67.

⁷⁶ Art. 7 RB I-bis: “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 (...)”.

⁷⁷ STJUE 4 octubre 2018, C-337/17, *Feniks sp. z o.o. vs. Azteca Products & Services, S.L.*, [ECLI:EU:C:2018:805]; FD 36: “[e]sta competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado debe completarse, como se señala en el considerando 16 del citado Reglamento, 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”. Vid. también AAP Madrid 27 junio 2012 [CENDOJ 28079370212012200196].

⁷⁸ Vid. en general, sobre la influencia de la soberanía en el sistema del Reglamento Bruselas I-bis, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdictions in European Private International Law: Will they Ever Survive?”, *Festschrift Erik Jayme*, vol. I, Munich, 2004, pp. 169-186; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *RCADI*, 2006, vol. 323, pp. 9-260. Ya presente este argumento se halla en el clásico y espléndido curso de CH.N. FRAGISTAS, “La compétence internationale en droit privé”, *RCADI*, vol.109, 1961, pp. 159-267.

⁷⁹ Vid. Cons. (13) RB I-bis: “(...) las normas comunes sobre competencia judicial deben aplicarse, en principio, cuando

cobijo a la regla *actor sequitur* para que los ciudadanos con domicilio en un Estado miembro no pudieran, como regla general, ser llamados a los estrados de tribunales de otros Estados miembros. Estos otros Estados miembros deben respetar, –en principio y salvo la intervención de los foros especiales *ex art. 7 RB I-bis*–, la soberanía del Estado miembro en cuyo territorio está domiciliado el demandado, apuntan Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES⁸⁰. La explicación yace, pues, en el “hechizo de la soberanía”: el legislador europeo actuó “*under the spell of Sovereignty*” en las gráficas y acertadas palabras de K.F. JUENGER⁸¹. En realidad, subyace aquí el argumento del “juez natural del demandado”: el Reglamento Bruselas I-bis no desea interferir en la competencia jurisdiccional soberana que cada Estado tercero despliega sobre los ciudadanos con domicilio en su territorio. Es, en palabras de H. GAUDEMET-TALLON, una especie de nacionalismo judicial que persigue dotar de privilegios jurisdiccionales a los habitantes de un país cuando son demandados como consecuencia de relaciones privadas internacionales⁸². La presencia de la idea de soberanía de los Estados miembros sobre las personas con domicilio en su territorio puede percibirse en varios elementos.

40. En primer término, si se lee con atención el texto del art. 4.1 RB I-BIS, esta idea resulta muy clara: “*las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”. El precepto habla de estar “*personas sometidas a tribunales*” porque la idea de que el demandado debe ser juzgado por los tribunales del Estado donde tiene su domicilio responde a la soberanía del Estado sobre tales sujetos, al derecho del Estado a juzgar a sus nacionales y a que sus nacionales no sean juzgados por tribunales de otros países⁸³. De todos modos, la expresión “estarán sometidas” (= “*shall be sued*” en la versión en lengua inglesa del art. 4 RB I-bis) no debe tomarse literalmente como una “obligación de demandar” en el Estado miembro del domicilio del demandado, precisan J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS⁸⁴.

41. En segundo lugar, la explicación en clave de soberanía queda corroborada, igualmente, por el hecho de que el art. 62 RB I-bis otorga una “competencia (exclusiva)” a los Estados miembros para decidir qué sujetos personas físicas están situadas “bajo su soberanía jurisdiccional”. En efecto, cada Estado miembro delimita qué personas físicas tienen o no tienen su domicilio en dicho Estado (= el concepto de “domicilio” en el precepto citado es un “concepto nacional”)⁸⁵. El art. 62 RB I-bis refleja un ejercicio de “unilateralismo enmascarado”, pues cada Estado miembro decide, como un “acordeón” que se expande o se contrae, los sujetos que somete a su soberanía jurisdiccional. El Derecho español decide qué personas físicas están domiciliadas en España a través del art. 40 CC, de modo que es el Derecho español el que decide, de manera indirecta pero decisiva e irremediable, qué personas están sujetas al poder jurisdiccional de los tribunales españoles: *actor sequitur*.

42. En tercer lugar, merece la pena recordar y subrayar que la verdadera razón por la que el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, -antecedente legal remoto del Reglamento Bruselas I-bis-, no

el demandado esté domiciliado en un Estado miembro”. Cons. (14) RB I-bis: “*Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto. | No obstante, para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado*”.

⁸⁰ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 650.

⁸¹ F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht / Boston / London, 1993, pp. 129 y 133-139.

⁸² H. GAUDEMET-TALLON, “Nationalisme et compétence judiciaire, déclin ou renouveau?”, *TCFDIP*, 1986/1987, pp. 171-200.

⁸³ Curioso resulta destacar que en las versiones en otros idiomas, especialmente en portugués, francés, italiano, alemán e inglés, no aparece la forma verbal “estar sometidas”, sino directamente “serán demandadas” (= “*shall be sued*”).

⁸⁴ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 227-229.

⁸⁵ Art. 62 RB I-bis: “*1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará su ley interna. | 2. Cuando una parte no esté domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro*”.

unificó el concepto de “domicilio de las personas físicas” no radicaba únicamente en las tan aceptadas y sabidas “divergencias entre los conceptos respectivos de los Estados miembros”. Lo cierto es que el legislador europeo no quiso nunca “invadir” la soberanía jurisdiccional de los Estados miembros. De ese modo, en efecto, con el texto del art. 2 CB 1968, hoy art. 4.1 RB I-bis, cada Estado miembro decide, unilateralmente, a qué personas físicas deseaba extender su poder soberano jurisdiccional, pues en efecto, cada Estado miembro señala, en exclusiva y sin interferencias por parte del Derecho de la Unión Europea, los sujetos que están domiciliados en su territorio.

43. En cuarto lugar, para comprender el sesgo de soberanía presente en esta regla de competencia internacional (*actor sequitur*), puede resultar conveniente cruzar el Océano. En efecto, la idea de que los ciudadanos están naturalmente sujetos, “por razones de soberanía”, a los tribunales del Estado donde tienen su domicilio está muy difundida en los Estados Unidos de América⁸⁶. Así se puede apreciar en el famoso “*caso Yahoo!*”, que se suscitó con ocasión de las ventas por parte de compañías norteamericanas de material pro-nazi, a través de páginas web visibles en Francia y también en caso *EBay* (= venta y subasta en Internet, por parte de empresas norteamericanas, de material falsificado)⁸⁷. En tales litigios, las empresas norteamericanas demandadas en Francia alegaron que para el Derecho de los Estados Unidos resultaba inadmisibles que tribunales franceses, alemanes o españoles “ejercieran jurisdicción” sobre empresas “con domicilio en los Estados Unidos de América”, pues ello supondría un atentado contra la soberanía de dicho Estado⁸⁸. En realidad, el argumento es europeo en su origen, pues las normas de competencia basadas en la nacionalidad, comunes en el siglo XIX en numerosos Estados de Europa dejan ver que un Estado no desea juzgar a extranjeros para no entrar en un conflicto con otros Estados en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, explican sagazmente D. BUREAU / H. MUIR WATT⁸⁹. Claro que, justo es recordar, con D.B. ADLER, que los tribunales norteamericanos se hallan cada vez más abiertos a afirmar su *general jurisdiction* en relación con sujetos que, de una u otra manera operan en el mercado norteamericano sin tener en dicho país su domicilio o sede social⁹⁰.

44. Pues bien, la idea anterior (= el Estado ejerce su soberanía jurisdiccional sobre los domiciliados en su territorio) es una idea medieval pre-savignyana. Se trata de un razonamiento que arranca de un planteamiento erróneo de la cuestión. En efecto, sitúa en el centro del análisis jurídico de DIPr. los intereses de los Estados y no los intereses de los particulares. Es más, es un razonamiento que perjudica a éstos. En este escenario, varias consideraciones resultan precisas.

En primer lugar, la soberanía de los Estados en cuyo territorio tienen su domicilio los particulares nunca se ve dañada por el hecho de que tribunales de otros Estados “llamen a sus estrados” a tales sujetos y menos aun si el foro empleado por estos otros Estados es un foro razonable, guiado y construido sobre la idea de “proximidad” del litigio con el foro competente.

En segundo lugar, en los problemas de competencia judicial internacional no existe, realmente, ningún “conflicto de jurisdicciones soberanas” como se afirmaba en los decimonónicos tiempos de E. BARTIN⁹¹. En efecto, no se trata, destaca L. ZOPPO, de dirimir un conflicto entre soberanías jurisdiccio-

⁸⁶ Vid. J.R. REIDENBERG, “The Yahoo Case and the International Democratization of the Internet”, *Fordham Law & Economics*, Research Paper No. 11, April 2001, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=267148> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.267148>; D.A. LAPRÈS, “L’exorbitante affaire Yahoo”, *JDI Clunet*, 2002, pp. 975-999. D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145.

⁸⁷ Sent. TGI Paris 22 mayo 2000, *Licra vs. Yahoo!* y Sent. TC Paris 30 junio 2008, *eBay Inc. & eBay International AG* [condena de 29 millones de euros por venta ilícita de productos falsificados], cuyo texto puede ser consultado, junto a los de otros pronunciamientos relativos al caso y a supuestos similares en <http://www.lapres.net/yahweb.html>.

⁸⁸ H. MUIR-WATT, “Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?”, *Michigan Journal of International Law*, 2003, n.24, pp. 673-684; T. WILHELMI, “Welches Recht regiert das World Wide Web? – Internationales Privatund Zivilverfahrensrecht im Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und ‘Volksverhetzung’ (Yahoo! v. La Ligue contre le Racisme, 433 F.3d 1199 [9th Cir. 2006])”, *IPrax*, 3/2007, pp. 232-235.

⁸⁹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, p. 145.

⁹⁰ D.B. ADLER, “Post Daimler: Weiterhin drohende US-Gerichtspflichtigkeit ausländischer Unternehmen”, *IPrax*, 2018-3, pp. 286-294.

⁹¹ E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol.I, Paris, 1930, pp. 1-69.

nales de los Estados miembros y/o de terceros Estados⁹². No se trata de decidir qué Estado tiene mejor título para juzgar a un concreto demandado. No es cuestión de averiguar el país cuyos tribunales constituyen el “juez natural del demandado”. Se trata, realmente, de determinar los tribunales de los Estados miembros ante los cuales pueden acudir los particulares, a un coste más reducido, para reclamar sus derechos. Se trata de construir, a través del Derecho internacional privado de la UE, una sociedad europea en la que resultan ser más importantes los ciudadanos europeos que los Estados miembros en sí mismos, como acentúa P. ELEFTHERIADIS en una sugerente contribución⁹³. Sólo de ese modo el intercambio internacional es eficiente y por tanto, sólo de esa manera se promueve el intercambio, que es el motor del progreso y del bienestar global de toda la Unión Europea. Institutos jurídicos propios y característicos del Derecho internacional privado europeo como el insigne valor de la sumisión jurisdiccional de las partes, el principio de proximidad en la determinación de la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros y la misma eficiencia de los foros de competencia internacional europeos forman parte de un conjunto común de valores, normas y cultura jurídica de la UE totalmente necesario, indica M.V. CARAUSAN, para la propia supervivencia de la Unión⁹⁴.

4. La erosión de la regla *actor sequitur* en el Reglamento Bruselas I-bis

45. El foro del domicilio del demandado, pese a su solemne defensa recogida en el tan citado Cons. (15) RB I-bis, en el sentido de que “[l]a competencia judicial debe regirse siempre por este principio”, ha quedado desplazado a un lugar secundario por el mismo Reglamento Bruselas I-bis. Porque al igual que el TJUE, cuyas peculiaridades culturales son únicas en el mundo, subrayan E.A. POSNER / J.C. YOO, una cosa es lo que dicho Reglamento *dice* y otra muy diferente, lo que tal Reglamento *hace*⁹⁵. La posición actual de este foro en el sistema de competencia judicial del Reglamento Bruselas I-bis no se corresponde con la que debería presentar un auténtico foro principal. Todo lo contrario. El foro del domicilio del demandado es hoy un foro en declive, residual y sometido a un proceso de desgaste operativo muy relevante. Varios datos lo demuestran.

46. En primer lugar, como antes se ha avanzado, el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro ha sido degradado por el mismo Reglamento Bruselas I-bis. El Reglamento lo contempla no como un foro general, sino más bien como un foro residual u optativo. Sólo es operativo si el objeto del litigio no pertenece a las competencias exclusivas de los Estados miembros (art. 24 RB I-bis) o no existe un válido acuerdo atributivo de competencia entre las partes en cuestión (art. 25.26 RB-I bis) (STJCE 17 enero 1980, 56/79, *Zelger vs. Salinitri*, FD 3)⁹⁶. Si los arts. 25-26 RB I-bis permiten que las partes puedan «derogar» el foro *actor sequitur* es porque, tal y como sugiere P. VLAS, el legislador europeo es consciente de que litigar ante el tribunal pactado por las partes es siempre más eficiente que litigar ante los tribunales del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio (Cons. 15 RB I-bis)⁹⁷. La sumisión de las partes constituye, siempre, un foro de competencia internacional más eficiente que el foro del domicilio del demandado.

47. En segundo lugar, debe señalarse que, si el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro fuera “el foro óptimo” para ambos litigantes, el mejor foro posible para las partes, el legislador

⁹² L. ZOPPO, “Considerazioni sul concorso tra le giurisdizioni internazionali: i modelli di conflitto e le modalità di coordinamento”, *RDI*, 2014, n.1, pp. 88-131.

⁹³ P. ELEFTHERIADIS, “The moral distinctiveness of the European Union”, *International journal of constitutional law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, pp. 695-713.

⁹⁴ M.V. CARAUSAN, “Is European Union at the Heart of Citizens’ Identity?”, *Juridica*, 2011, p. 59, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1987158>.

⁹⁵ E.A. POSNER / J.C. YOO, “A Theory of International Adjudication”, en *John M. Olin Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 206 / Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 146*, 2018, available in: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> / <http://ssrn.com/abstract=507003>.

⁹⁶ STJCE 17 enero 1980, 56/79, *Zelger vs. Salinitri*, *Recueil*, 1980, pp. 89-102. [ECLI:EU:C:1980:15].

⁹⁷ P. VLAS, “Article 4”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation –Commentary, European Commentaries on Private International Law*, volume 1, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2016, pp. 106-112, esp. p. 108.

europeo no habría introducido foros especiales en el texto del Reglamento Bruselas I-bis. En realidad, y aquí se encuentra una clave importante que explica la debilidad valorativa del foro del domicilio del demandado en un Estado miembro, este foro se justifica por la relación del “demandado” con un Estado miembro y no por la relación del “litigio” con dicho Estado. Con otras palabras, puede afirmarse que este foro no responde necesariamente al principio de proximidad. Por ello, el objeto del litigio puede estar vinculado con un país que no es el país del domicilio del demandado. Obligar al demandante a acudir a los tribunales del Estado de domicilio del demandado puede resultar totalmente ineficiente para dicho actor y con mucha frecuencia lo será. Por el contrario, y así lo admite de modo expreso el Reglamento Bruselas I-bis, los foros especiales son eficientes por naturaleza. Responden, en todo caso, a una “estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio” y para existen “facilitar una buena administración de justicia” (Cons. 16 RB I-bis), idea también subrayada con repetitiva constancia por el TJUE bajo el paraguas conceptual no sólo de la “buena administración de la Justicia” sino del “eficaz desarrollo del procedimiento” y de la “adecuada sustanciación del proceso”⁹⁸. Estos foros son eficientes porque conducen a un juego de suma positiva para ambos litigantes: se litiga ante el tribunal que comporta los costes más reducidos para los mismos. Ello fomenta las relaciones jurídicas internacionales entre los particulares e incrementa el bienestar global de la sociedad. Al mismo tiempo, estos foros especiales son expresión auténtica del “principio de proximidad”, que apunta a la apertura de un foro de competencia judicial internacional en favor de los jueces del Estado miembro del “lugar más próximo al litigio”⁹⁹. Así, como han sostenido H. GAUDEMET-TALLON y F. SALERNO, resulta que junto al antes nombrado principio de «buena administración de la Justicia», es también el “principio de proximidad del caso con el tribunal” el que explica la presencia de estos foros especiales¹⁰⁰. En suma, los foros especiales, se construyen por la existencia de un “vínculo suficiente” entre el litigio en sí y el tribunal, y no por la presencia de una conexión entre el demandado y el tribunal, como sucede en el caso del foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis)¹⁰¹. Esa base sustancial de tales foros es lo que comporta, como apunta O. LOPES PEGNA, su eficiencia intrínseca¹⁰².

En consecuencia, el foro del domicilio del demandado no es un foro único en el Reglamento Bruselas I-bis. De ser así, el sistema de competencia judicial de dicho texto legal resultaría ser profundamente ineficiente, la litigación cara, la protección del crédito tendría un precio tan elevado que no existiría el crédito, los contratos internacionales serían escasos cuando no inexistentes y la defensa de la propiedad privada resultaría ser un mero fantasma sin cuerpo real. Un sistema de foros ineficientes desincentiva el comercio internacional y lo destruye. En definitiva, se habla mucho de las bondades del foro del domicilio del demandado, de sus ventajas y de su rancio abolengo histórico, pero si eso fuera cierto, no existirían los foros especiales, que sí existen. Y existen para paliar la ineficiencia del foro del domicilio del demandado. Porque este foro es ineficiente ya que no garantiza la proximidad del litigio con el Estado donde está domiciliado el demandado. Hace ya muchos años G.A.L. Droz escribió un

⁹⁸ Vid. STJCE 22 noviembre 1978, 33/78, *Somafer vs. Saar-Ferngas*, Recueil, 1978, pp. 2183-2201 [ECLI:EU:C:1978:205]; STJUE 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger AG vs. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH* [ECLI:EU:C:2012:220], FD 18; STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL - Lithuanian Airlines AS, en liquidación vs. Starptautiskā lidosta Rīga VAS*. [ECLI:EU:C:2014:2319], FD 27; STJUE 25 febrero 2010, C-381/08, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl., Recopilación*, 2010, p. I-1255 [ECLI:EU:C:2010:90], FD 5 y 48.

⁹⁹ Vid. nota anterior, así como la STJCE 25 febrero 2010, C-381/08, *Car Trim*, cit., FD 48: “Constituye jurisprudencia reiterada que la regla de competencia especial en materia contractual prevista en el artículo 5, número 1, del Reglamento, que completa la regla de principio de la competencia del foro del domicilio del demandado, responde a un objetivo de proximidad y viene motivada por la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo...”.

¹⁰⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement 44/2001, conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 5ª ed., Paris, L.G.D.J., 2015, pp. 59-63; F. SALERNO, “La cooperazione giudiziaria comunitaria in materia civile”, en G. STROZZI (Ed.), *Diritto dell’Unione europea Parte speciale*, 2ª edizione ampliata, 2006, Torino, pp. 463-504; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, Cedam, 2015, pp. 13-14; F. SALERNO, “Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001”, *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 5-25; F. SALERNO, “Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea”, *RDIPP*, 2011, pp. 895-938.

¹⁰¹ Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 39, DOUE 13 diciembre 2009.

¹⁰² O. LOPES PEGNA, “Collegamenti fittizi o fraudolenti di competenza giurisdizionale nello Spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 2015, pp. 397-443.

luminoso trabajo crítico que clamaba por la supresión del foro relativo a los contratos internacionales hoy recogido en el art. 7.1 RB I-bis, vista la complejidad técnica del mismo¹⁰³. Cabe preguntarse si no habría que formular hoy la pregunta en sentido contrario y cuestionarse sobre la pertinencia del foro del domicilio del demandado: “*Delendum est actor sequitur?*»

48. En tercer lugar, justo es subrayar que se ha iniciado ya un movimiento metodológico de deterioro de la idea errónea anterior que fija los foros de competencia con arreglo a la soberanía del Estado. Efectivamente, en 2001, el Reglamento 44/2001 ya definió de manera uniforme, lejos de la mano de cada Estado miembro, qué debe entenderse por “domicilio de las personas jurídicas” (art. 44 RB-I). Lo mismo puede decirse del hoy vigente art. 63 RB I-bis. Sería deseable que ocurriese lo mismo, en el próximo futuro, con el domicilio de las personas físicas. De ese modo, un sujeto podría ser demandado en un Estado miembro con el que el litigio presentara un vínculo objetivo y real definido por el Derecho de la UE. En un estadio más avanzado, la UE podría eliminar el foro del domicilio del demandado y fijar foros de competencia judicial internacional sólo en favor de tribunales de los Estados miembros situados en lugares realmente conectados con la controversia, con el litigio, donde la litigación internacional es, por definición, más económica, lo que favorece a ambas partes procesales y por tanto, al comercio internacional y al mercado único europeo.

49. En cuarto lugar, en innumerable jurisprudencia el TJUE ha insistido en que los foros especiales de competencia existen para favorecer la buena administración de la Justicia y que constituyen excepciones al foro general del domicilio del demandado y que, por ello, deben ser interpretados de manera restrictiva¹⁰⁴. Pues bien, dichas afirmaciones no son ciertas y varias razones lo demuestran.

En primer término, ninguna disposición del Reglamento indica que estos foros especiales deben ser interpretados de modo restrictivo. Es más, según advierten K. LENAERTS / TH. STAPPER, esa supuestamente obligatoria “interpretación restrictiva” no es más que un mero producto de la labor cuasilegislativa del TJUE que tanto gusta ejercer a dicho tribunal. No es voluntad del legislador europeo¹⁰⁵. En verdad, el Cons. 15 RB I-bis se refiere a estos foros al mismo tiempo que al foro de la sumisión de las partes y en ningún momento indica que foros especiales y sumisión de las partes deban ser sometidos a interpretación restrictiva.

En segundo término, como ha hecho notar de modo sugestivo B. BUCHNER, en realidad los foros especiales no son “excepciones” al foro del domicilio del demandado sino que resulta que éste opera, simplemente, como un foro último o foro de rescate que siempre tiene a su disposición el demandante por si el foro especial no es practicable o no le resulta eficiente¹⁰⁶. Según pone de relieve I. GUARDÀNS CAMBÓ, si los foros especiales no pueden activarse o el demandante no desea emplearlos como “opción de ataque jurisdiccional”, entonces “*renace la competencia general del art. 2 CB [hoy art. 4 RB I-bis] como única base para el emplazamiento de un demandado en la Comunidad [hoy UE]*”¹⁰⁷. El foro del domicilio del demandado siempre está ahí como última opción. Para el inmarcesible *Informe Jenard*, tampoco los

¹⁰³ G.A.L. DROZ, “*Delendum est forum contractus?*, (vingt ans apres les arrêts *De Bloos* et *Tessili* interprétant l’article 5, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)”, *Recueil Dalloz*, 1997. doct., p. 135.

¹⁰⁴ *Vid.* STJUE 14 julio 2016, C-196/15, *Granarolo SpA vs. Ambrosi Emmi France SA*. [ECLI:EU:C:2016:559], FD 17; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie BV vs. Philippo’s Mineralenfabriek NV/SA*, *Recopilación*, 2009, p. I-6917. [ECLI:EU:C:2009:475], FD 22; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer vs. MF Global UK Ltd.* [ECLI:EU:C:2013:305], FD 24; STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL - Lithuanian Airlines AS, en liquidación vs. Starptautiskā lidosta Rīga VAS*. [ECLI:EU:C:2014:2319], FD 26.

¹⁰⁵ K. LENAERTS / TH. STAPPER, “*Die entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber*”, *RabelsZ*, 2014-1, pp. 252-293.

¹⁰⁶ B. BUCHNER, *Kläger- und Beklagtenschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit (Lösungsansätze für eine zukünftige Gerichtsstands- und Vollstreckungskonvention)*, Tübingen, Mohr Siebelck, 1998, p. 5. También A.T. VON MEHREN, “*Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law*”, *RCADI*, 2002, vol. 295, pp. 9-431, esp. p. 182 y 184.

¹⁰⁷ I. GUARDÀNS CAMBÓ, “*Artículo 2*”, en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 62-67, esp. p. 65.

foros especiales constituyen “excepciones” al foro del domicilio del demandado. Estos foros especiales se conocen, en efecto, como foros “especiales”, sencillamente, porque designan directamente el tribunal territorialmente competente para conocer de la litis y no porque sean “excepciones” al principio general del domicilio del demandado o “reglas especiales” que operan para corregir una “regla general”. En efecto, estos foros especiales, sin más, “se añaden a los que resultan del artículo 2 [foro del domicilio del demandado]”¹⁰⁸. Tal y como muy bien sostiene T. VIGNAL, los foros especiales no son ni funcionan como «excepciones» al foro del domicilio del demandado, sino que son y operan como auténticas «opciones jurisdiccionales» que el Reglamento ofrece al demandante¹⁰⁹. Son «*options de compétence*», advierten M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE¹¹⁰. Incluso el TJUE ha dejado deslizar en tiempos recientes, no se sabe si por error o porque comienza a marcar un cambio de tendencia que sería de suma relevancia, que estos foros especiales de competencia no son «excepciones» al foro del domicilio del demandado sino que «completan» la competencia que deriva de este foro (STJUE 4 octubre 2018, C-337/17, *Feniks*, FD 36)¹¹¹. En suma, exponen D. BUREAU / H. MUIR WATT, la arquitectura del sistema de competencia recogido en el Reglamento Bruselas I-bis construida sobre el esquema «regla - excepciones», -que es la explicación tradicional y ortodoxa-, no es la única posible¹¹². El esquema de la «suma de foros opcionales» explica mejor la realidad del sistema de competencia internacional instaurado por el Reglamento. El mismo Reglamento admite que existen casos en los que el foro del domicilio del demandado no es adecuado. De hecho, escribe I. GUARDÁNS CAMBÓ, ello se demuestra por oposición a la relación del art. 4.1 RB I-bis con el art. 24 RB I-bis: los foros exclusivos sí son auténticas «derogaciones» al foro del domicilio del demandado, auténticos «foros excepcionales»¹¹³. No así los foros especiales. En consecuencia, si estos foros especiales si no constituyen, realmente, excepciones al foro del domicilio del demandado ni tampoco reglas especiales en relación con el mismo, debe llegarse necesariamente a la conclusión de que los foros especiales no deben ser interpretados de modo restrictivo.

En tercer lugar, una cosa es lo que el TJUE *dice* y otra bien distinta es lo que el TJUE *hace*. El TJUE afirma, en hierática pose característica de su labor, que estos foros especiales son de interpretación restrictiva al constituir excepciones al principio o foro general (*actor sequitur*). Sin embargo, a renglón seguido, debe afirmarse que el TJUE observa y defiende, sin desfallecer, como apunta certeramente A.T. VON MEHREN, y desde hace más de cuarenta años, una interpretación auténticamente expansiva de los foros especiales¹¹⁴. Dos ejemplos bastarán. Así, en primer término, en los casos de disociación entre lugar del acto causal y lugar del daño, el TJUE convierte el foro recogido en el hoy art. 7.2 RB I-bis y previsto para las obligaciones extracontractuales en “varios foros”, de modo que el demandante puede interponer su demanda ante tribunales de varios Estados miembros distintos: lugar del acto causal y lugar del daño (STJCE

¹⁰⁸ P. JENARD, “Informe sobre la versión original del Convenio de Bruselas”, DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180, p. 144: “[l]os artículos 5 y 6 contienen una lista de casos en los que se puede citar al demandado en el territorio de un Estado contratante distinto del de su domicilio. Los fueros previstos en dichos artículos se añaden a los que resultan del artículo 2. Si se trata de un litigio para el que existe un fuero especialmente designado, competente en virtud de dichos artículos, el demandante porta elegir entre entablar la acción ante dicho tribunal o ante los tribunales competentes del Estado en que el demandado tiene su domicilio (...)”.

¹⁰⁹ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 4ª ed., Paris, Sirey, 2017, pp. 343-345. En el mismo sentido, O. CACHARD, *Droit international privé*, 6ª ed., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 38: «*options offertes par les règles de compétence spéciale*».

¹¹⁰ M.-L. NIBOYET / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, Lextenso éditions, LGDJ, 2017, p. 363.

¹¹¹ STJUE 4 octubre 2018, C-337/17, *Feniks sp. z o.o. vs. Azteca Products & Services, S.L.*, [ECLI:EU:C:2018:805]; FD 36: “[e]sta competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado debe completarse, como se señala en el considerando 16 del citado Reglamento, 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”.

¹¹² D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 145-146. También M. REQUEJO ISIDRO, “El Derecho internacional privado y el Derecho procesal civil europeo en la jurisprudencia del tribunal de justicia”, *AEDIPr*, T. XIV-XV, 2014-2015, pp. 55-89.

¹¹³ I. GUARDÁNS CAMBÓ, “Artículo 2”, en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 62-67, esp. p. 63.

¹¹⁴ A.T. VON MEHREN, “Theory and practice of adjudicatory authority in private international law: a comparative study of the doctrine policies and practices of common- and civil-law systems: general course on private international law”, *RCADI*, 2002, vol. 295, pp. 9-431, esp. pp. 179-185, esp. p. 192.

30 noviembre 1976, 21/76, *Mines de Potasse* FD 19-20; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill*; STJCE 5 febrero 2004, C-18/02, *Danmarks*; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid*, FD 23, clarísimo; STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Amazon*, FD 25; 352/13, *Cártel*, FD 36-39; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, FD 45; STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, FD 18; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty*, FD 46; STJUE 3 abril 2014, C-387/12, *Hi Hotel*, FD 27; STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, FD 23; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, FD 25; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, FD 26, STJUE 25 octubre 2012, C-133/11, *Folien Fischer*; FD 39; STJUE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y C-161/10, FD 52; STJUE 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, FD 19; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*)¹¹⁵. Como segundo ejemplo, cabe traer a colación, en relación con el art. 7.1 RB I-bis, -foro especial para los contratos-, el caso de servicios que se prestan en varios Estados miembros sin que pueda precisarse un lugar de prestación “principal” de los servicios. En estos supuestos, el TJUE admite tranquilamente que el art. 7.1.b RB I-bis otorga competencia a los tribunales de ambos Estados miembros (STJUE 11 julio 2018, C-88/17, *Zurich* [transporte internacional de trituradora desde Finlandia a Reino Unido], FD 20-22; STJCE 9 julio 2009, C-204/08, *Air Baltic*, FD 43; STJUE 7 marzo 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Air Nostrum*, FD 68)¹¹⁶. En suma: interpretación expansiva de los foros especiales. Ésa es la verdad.

V. Observaciones finales. No hay vida verdadera en la falsa

50. Sirva la ya mítica frase de THEODOR LUDWIG WIESENGRUND ADORNO para concluir esas breves reflexiones críticas. Se puede seguir viviendo en una realidad falsa en la que el Reglamento Bruselas I-bis recoge un sistema de competencia judicial internacional construido sobre un foro general que es el domicilio del demandado. Un foro muy útil, que potencia la buena administración de la Justicia y que responde al principio de proximidad y que, por ello, admite escasas excepciones, esos foros especiales. Foros que se observan con desconfianza y que por ello, están sujetas a una férrea interpretación restrictiva. En ese mundo feliz y mirífico, todo es reluciente, perfecto y apolíneo y enlaza, además, con la tradición histórica milenaria de la regla *actor sequitur*.

¹¹⁵ STJCE 30 noviembre 1976, 21/76, *Bier vs. Mines de Potasse d'Alsace*, Recueil, 1976, pp. 1735-1758. [ECLI:EU:C:1976:166]; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd. vs. Presse Alliance S.A., Recopilación*, 1995, pp. 415-466. [ECLI:EU:C:1995:61]; STJCE 5 febrero 2004, C-18/02, *Danmarks Rederiforening, DFDS Torline A/S, vs. LO Landsorganisationen i Sverige, SEKO Sjöfolk Facket för Service og Kommunikation, Recopilación*, 2004, p. I-1441. [ECLI:EU:C:2004:74]; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie BV vs. Philippo's Mineralenfabriek NV/SA, Recopilación*, 2009, p. I-6917. [ECLI:EU:C:2009:475], FD 23: «Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, en el supuesto de que el lugar donde se sitúe el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual y el lugar en que este hecho haya ocasionado un daño no sean idénticos, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», que figura en el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas, debe entenderse referida, al mismo tiempo, al lugar donde ha sucedido el daño y al lugar del hecho causante del mismo, de modo que el demandado puede ser emplazado, a elección del demandante, ante el órgano jurisdiccional de cualquiera de esos dos lugares (...); STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Concurrence SARL vs. Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl* [ECLI:EU:C:2016:976]; STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV, Ferho Bewehrungsstahl GmbH, Ferho Vechta GmbH, Ferho Frankfurt GmbH vs. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllenheim* [ECLI:EU:C:2015:574]; STJUE 21 mayo 2015, C-352-13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide vs. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, S.A.* [ECLI:EU:C:2015:335]; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc.* [ECLI:EU:C:2015:37]; STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Pez Hejduk vs. EnergieAgentur.NRW GmbH.* [ECLI:EU:C:2015:28]; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany GmbH vs. First Note Perfumes NV.* [ECLI:EU:C:2014:1318]; STJUE 3 abril 2014, C-387/12, *Hi Hotel HCF SARL vs. Uwe Spoering* [ECLI:EU:C:2014:215]; STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Andreas Kainz vs. Pantherwerke AG.* [ECLI:EU:C:2014:7]; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer vs. MF Global UK Ltd.* [ECLI:EU:C:2013:305]; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Peter Pinckney vs. KDG Mediatech AG.* [ECLI:EU:C:2013:635]; STJUE 25 octubre 2012, C-133/11, *Folien Fischer AG, Fofitec AG vs. Ritrama SpA.* [ECLI:EU:C:2012:664]; STJUE 25 octubre 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited, Recopilación*, 2011, p. I-10269. [ECLI:EU:C:2011:685]; STJUE 19 abril 2012, C-523/10, *Wintersteiger AG vs. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH.* [ECLI:EU:C:2012:220]; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Rudolf Kronhofer vs. Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan, Recopilación*, 2004, p. I-6022. [ECLI:EU:C:2004:364].

¹¹⁶ Vid. STJUE 11 julio 2018, C-88/17, *Zurich Insurance plc, Metso Minerals Oy vs. Abnormal Load Services (International) Ltd* [ECLI:EU:C:2018:558]; STJCE 9 julio 2009, C-204/08, *Peter Rehder vs. Air Baltic Corporation, Recopilación*, 2009, p. I-6073 [ECLI:EU:C:2009:439]; STJUE 7 marzo 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Air Nostrum* [ECLI:EU:C:2018:160].

Frente a ello, se abre ante el jurista experto en Derecho internacional privado la realidad verdadera. El foro del domicilio del demandado en un Estado miembro no responde necesariamente a la buena administración de la Justicia ni a la idea de proximidad. Con frecuencia lleva a una litigación costosa y por tanto, ineficiente. Su auténtico sentido ha sido tergiversado con el devenir de los siglos. Por ello, tal y como hoy se entiende, este foro penaliza el comercio internacional, provoca el conocido “dilema del intercambio” y puede conducir a una contracción del comercio internacional. Los agentes económicos no querrán contratar con sujetos, posibles incumplidores, que dispongan de domicilios en países lejanos, pues el viaje jurisdiccional, el viaje para demandar, comportaría un coste desorbitado. El TJUE sigue adelante fiel a su retórica de los foros especiales concebidos como excepciones a la regla *actor sequitur* y a su interpretación restrictiva pero, en verdad, lleva a cabo una lectura expansiva de los foros especiales por razón de la materia. Porque, en la realidad, en la vida verdadera, alejada ésta de discursos de poder fundados en la soberanía del Estado, donde todo puede y debe ser descifrado y decodificado, el foro del domicilio del demandado se presente y opera como un foro residual al que el demandante puede acudir si no ha tenido la suerte de pactar una sumisión o si el foro especial le resulta impracticable. En la vida verdadera, los foros especiales por razón de la materia responden a los intereses de los particulares al estar contruidos sobre la idea de proximidad. Son foros que facilitan a las partes una litigación a coste reducido y la litigación económica favorece los derechos de los particulares. No hay vida verdadera en la falsa, escribió THEODOR LUDWIG WIESENGRUND ADORNO, frase que sirve para invitar a la reflexión. Puede que haya llegado el momento de abrir los ojos a la realidad para construir, en la Unión Europea, un sistema de competencia judicial internacional eficiente que coloque en su lugar correcto al foro del domicilio del demandado y que se base, íntegramente, en foros que garanticen la proximidad del litigio con los tribunales competentes y pasar, así, de una vida falsa a una vida verdadera.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL NOMBRE COMERCIAL A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO DE LA UNIÓN DE PARÍS: EXPERIENCIAS NACIONAL Y COMPARADAS

THE INTERNATIONAL PROTECTION OF THE TRADE NAME THROUGH ARTICLE 8 OF THE PARIS CONVENTION: NATIONAL AND COMPARATIVE EXPERIENCES

ANTONIO CASADO NAVARRO

*Becario FPU adscrito al Área de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba*

Recibido: 17.01.2019 / Aceptado: 4.02.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4617>

Resumen: El art. 8 CUP ha generado desde sus orígenes muchas dudas y controversias. Este trabajo persigue arrojar algo de luz sobre su interpretación. Con tal fin se analizan en él algunos asuntos de relevancia. Entre ellos destacan los siguientes: en primer lugar, el alcance de cada una de las previsiones recogidas en la norma; en segundo lugar, la tutela que puede recibir el nombre comercial español en algunos países de nuestro entorno; y, por último, la protección que el ordenamiento español brinda al nombre comercial unionista. El análisis finaliza con la formulación de algunas conclusiones de interés acerca de la aplicación del art. 8 CUP en nuestro ordenamiento, tomando como referencia algunas soluciones seguidas en el Derecho comparado.

Palabras clave: signos distintivos, nombre comercial, protección internacional, Convenio de la Unión de París.

Abstract: The art. 8 CUP has generated many doubts and controversies since its origins. This work pursues to shed light on its interpretation. To this end, some relevant issues are analyzed. Among these stand out the following: first, the scope of each of the statements included in the rule; secondly, the protection that can receive the Spanish trade name in some countries around us; and, finally, the protection provided by the Spanish legal system to the unionist trade name. The analysis ends with the formulation of some conclusions of interest about the application of art. 8 CUP in our order, taking as reference some solutions followed in Comparative law.

Keywords: distinctive signs, trade name, international protection, Paris Convention.

Sumario: I. Introducción. II. Significado y alcance del art. 8 del Convenio de la Unión de París: soluciones interpretativas. 1. Generalidades. 2. Objeto de la protección: el nombre comercial beneficiario de la tutela unionista. 3. Alcance de la protección concedida por el art. 8 CUP. 4. Protección sin obligación de depósito o de registro. 5. Protección del nombre comercial con independencia de que forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio. 6. Presupuesto de la protección: el

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad intitulado “Desafíos de regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial: diagnóstico y propuestas de solución” (Ref. DER2017-85652-P), del que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ.

uso o conocimiento notorio del nombre comercial unionista en el Estado en el que se reclama la tutela. III. La protección unionista del nombre comercial en el Derecho comparado. 1. Planteamiento. 2. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho francés. 3. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho italiano. 4. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho inglés. 5. Recapitulación. IV. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho español. 1. Planteamiento. 2. La protección del nombre comercial unionista bajo la vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial. 3. La protección del nombre comercial unionista bajo la vigencia de la Ley de Marcas de 1988. 4. La protección del nombre comercial unionista en la vigente Ley de Marcas. A) Planteamiento. B) La noción de nombre comercial a los efectos de la protección otorgada por el art. 9.1.d) LM. C) Los requisitos de la protección del nombre comercial unionista ex art. 9.1.d) LM. D) El alcance de la protección concedida por el art. 9.1.d) LM. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En la actualidad los signos distintivos han alcanzado una importancia destacada como consecuencia, entre otros motivos, de la enorme expansión de los mercados y de su incesante tendencia a la internacionalización. En efecto, en un comercio internacionalizado es práctica común que las empresas busquen nuevos clientes en otros países a través de su expansión comercial. Esta situación ha conducido a un inevitable distanciamiento entre el empresario y el consumidor final. De ahí que los signos distintivos hayan adquirido una importancia capital en la política empresarial como mecanismos de canalización de las decisiones de mercado¹.

No sorprende así que una de las principales características de los derechos de propiedad industrial sea su innegable vocación internacional². Ésta se manifiesta desde el momento en el que los empresarios tratan de extender su ámbito comercial a mercados extranjeros. Por este motivo, el Derecho de la propiedad industrial se ha valido, desde antiguo, de instrumentos jurídicos que tratan de superar los inconvenientes que, para la actuación de los empresarios en el mercado internacional, implica el clásico principio de territorialidad.

2. En sede de nombre comercial esta tendencia se acentúa, en la medida en que su institucionalización y universalización a nivel internacional es fruto de su previsión en un convenio internacional: el Convenio de la Unión de París de 1883 (en lo sucesivo, CUP)³. Hasta la promulgación de este Convenio, eran pocas las jurisdicciones que preveían una tutela específica de los nombres comerciales. A través del art. 8 CUP se consagra la protección del nombre comercial en todos los países de la Unión, mediante el establecimiento de una regla de carácter internacional que, a modo de *principio general*, obliga a los distintos Estados signatarios a proteger en sus respectivos ámbitos territoriales los nombres comerciales extranjeros de aquellas empresas que puedan beneficiarse de la protección conferida por este Convenio. Sin embargo, como tendrá ocasión de comprobarse a continuación, esta protección del nombre comercial extranjero no está exenta de problemas y dificultades.

3. La problemática en torno a la protección internacional del nombre comercial ex art. 8 CUP deriva de distintas razones. Entre ellas destacan principalmente las siguientes: En primer lugar, el hecho de que en la mayoría de los países de la Unión el nombre comercial se inserta en la terminología jurídica de forma coyuntural⁴, esto es, sin base en una teoría unitaria estructurada al respecto, lo que es

¹ E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La protección internacional de las marcas notorias y renombradas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 2, 2001, p. 1.

² J. M. OTERO LASTRES, “Introducción”, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, J. M. OTERO LASTRES y M. BOTANA AGRA, *Manual de propiedad industrial*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 71 y ss.; y M. BOTANA AGRA, “La protección de las marcas internacionales en España”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 5, 1978, p. 401.

³ En esta línea, CALLMANN afirma que “on peut dire que c’est essentiellement grâce à l’art. 8 de la Convention de Paris que les Tribunaux nationaux ont de plus en plus développé la protection du nom de commerce” (Cfr. “Protection du nom commercial aux U.S.A.”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, nº 49, 1962, p. 161).

⁴ Tal es el caso de España. En este sentido, B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre comercial”, en AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, Barcelona, Francisco Seix, S. A., 1982, p. 431.

consecuencia de la inexistencia de una protección sistemática del nombre comercial previa al CUP⁵. En segundo lugar, la indefinición de esta figura en el propio Convenio, lo que ha conducido a que entre las legislaciones de los distintos Estados signatarios existan importantes diferencias de reglamentación⁶. Finalmente, no puede dejar de invocarse la laxitud del precepto unionista, que abre la puerta a interpretaciones muy variopintas en relación con los distintos extremos de su dicción.

4. La tutela unionista del nombre comercial se caracteriza fundamentalmente por su falta de concreción global. De ahí que el alcance de dicha protección deba ser fijado por las respectivas legislaciones nacionales o, en su defecto, por la jurisprudencia. Esto ha dado pie a una gran diversidad de interpretaciones con discrepancias sensibles que no sólo afectan al alcance de la protección que debe otorgarse al nombre comercial extranjero, sino también a la determinación de los signos distintivos que puedan ampararse en concepto de nombres comerciales y a los presupuestos de hecho que deben condicionar el disfrute de esta protección⁷.

5. No obstante, lo que sí parece estar claro es el objetivo que se persiguió con la institucionalización de esta regla de carácter internacional que obliga a proteger el nombre comercial extranjero en los distintos Estados signatarios del CUP. Y ésta no es cuestión baladí. La finalidad perseguida por la norma se erige como un importante mecanismo de interpretación, que permite valorar cuál es el alcance de la protección que dispensa. En este sentido, se viene afirmando que el propósito del art. 8 CUP consistió exclusivamente en garantizar a las empresas de los distintos Estados miembros de la Unión la protección de sus nombres comerciales, incluso en aquellos países donde tal protección no estaba inicialmente prevista o donde se encontraba sometida al cumplimiento de distintas condiciones y formalidades⁸. El CUP trata de proteger el derecho que el empresario ostenta sobre el nombre comercial, permitiéndole seguir actuando en el tráfico mercantil con el distintivo que identifica su actividad empresarial y que aglutina todos los valores que la clientela asocia a su explotación. De esta forma, se reconoce el carácter *procompetitivo* del nombre comercial. Y, a tal efecto, se institucionaliza su protección a nivel internacional con el fin de facilitar a las empresas la posibilidad de extender su actividad a los demás países de la Unión, sirviéndose para ello de sus nombres comerciales y sin necesidad de cumplir las formalidades previstas en cada una de las legislaciones de los Estados signatarios.

II. Significado y alcance del art. 8 del Convenio de la Unión de París: soluciones interpretativas

1. Generalidades

6. El art. 8 CUP establece que “(e)l nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”.

⁵ J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A aplicação do art. 8º da Convenção da União de Paris nos países que sujeitam a registro o nome comercial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 56, II, 1996, p. 446. Esta situación puede comprobarse atendiendo al cuadro legislativo internacional recogido en C. COMTE, “La protection du nom commercial et l’article 8 de la Convention d’Union”, *La Propriété Industrielle*, 1931, pp. 202 y ss.

⁶ L. M. MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial. Funciones y disfunciones*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 38 y 39. Sobre las diferencias normativas existentes en materia de nombre comercial en los distintos Estados de la Unión de París, *vid.*, entre otros, AA.VV., “Protection du nom commercial”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, nº 49, 1962, pp. 144 y ss. De esta circunstancia y de la problemática que ello genera se ha hecho eco la práctica totalidad de los autores que se han ocupado del estudio del nombre comercial. *Vid.*, entre otros, M. CARTELLA, “La protection du nom commercial étranger”, *Rivista di Diritto Industriale*, IV, 1977, pp. 510 y ss.; M. PELLETIER y E. VIDAL NAQUET, *La Convention d’Union pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 et les conférences de révision postérieures*, Paris, L. Larose, 1902, pp. 251 y ss.; P. ROUBIER, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1954, p. 739; y S. P. LADAS, *Patents, trademarks and related rights. National and international protection*, t. III, 1ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1975, pp. 1550 y ss.

⁷ B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, *cit.*, p. 476.

⁸ M. CARTELLA, *La ditta*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 555; S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, *cit.*, p. 1546; C. COMTE, “La protection...”, *cit.*, p. 201; y J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A aplicação...”, *cit.*, p. 446.

Como puede observarse, la vaguedad e inconcreción del mandato previsto en la norma es patente. De ahí que haya generado múltiples problemas interpretativos y de aplicación en los distintos países signatarios del Convenio⁹. Esta situación ha determinado que hayan sido varias las ocasiones en las que se ha propuesto una modificación del precepto¹⁰. Dichas propuestas han estado encaminadas a concretar los términos de la protección, tanto en lo relativo a la noción de nombre comercial, como en lo atinente a las condiciones de protección y a las facultades concedidas al titular de un nombre comercial unionista. Sin embargo, ninguna de ellas ha llegado a buen puerto. Razón por la cual la protección internacional del nombre comercial sigue residiendo en el art. 8 CUP, según la redacción resultante de la Revisión de La Haya de 1925. Sigue en vigor, por tanto, el propósito que pesó en el ánimo del legislador unionista a la hora de prever la protección internacional del nombre comercial: el establecimiento de un *principio genérico* en este ámbito, más allá del contenido concreto del derecho sobre el nombre comercial o de las modalidades de protección¹¹.

7. Pese a esta falta de concreción, se viene manteniendo que el art. 8 CUP se presenta como un precepto *autoejecutivo*¹². Con ello quiere expresarse que en los países de la Unión que no concedan ninguna protección al nombre comercial o sólo una protección que no alcance el límite mínimo impuesto por el CUP, se impondrá el contenido de este Convenio¹³. En cambio, cuando la protección nacional del Estado en el que se reclama la protección sea mayor, ésta subsistirá y se hará extensiva automáticamente a los nombres comerciales extranjeros. No obstante, resulta indubitado que cualquier requisito de depósito o registro impuesto por una legislación nacional no es aplicable a los nombres comerciales de los sujetos con derecho a beneficiarse del CUP¹⁴, ya venga impuesto por la legislación del Estado de origen, ya esté recogido en la legislación del Estado en el que se reclama la tutela¹⁵.

8. Al margen de esta última afirmación —que ha sido acogida en la jurisdicción de la práctica totalidad de los Estados miembros de la Unión¹⁶—, la protección internacional del nombre comercial prevista en el art. 8 CUP plantea más interrogantes que soluciones. En particular, las discusiones pivotan sobre tres cuestiones de relevancia: 1ª) la noción de nombre comercial que debe ser acogida para que pueda otorgarse la tutela recogida en el precepto; 2ª) el alcance de la protección concedida; y 3ª) los presupuestos que deben concurrir para su aplicación.

2. Objeto de la protección: el nombre comercial beneficiario de la tutela unionista

9. La cuestión relativa a qué debe entenderse por nombre comercial a efectos de la protección prevista en el art. 8 del CUP ha sido objeto de un amplio debate. Las legislaciones de los Estados miem-

⁹ M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 509 y 510; y C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno a la aplicación del artículo 8.º CUP por la jurisprudencia española”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 1, 1974, p. 306.

¹⁰ Vid. S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., pp. 1571 y 1572. Entre las propuestas de reforma del art. 8 CUP, la más relevante ha sido la formulada por la AIPPI en 1971 (Anuario de la AIPPI 1971/I, p. 53 y 54).

¹¹ Entre otros, M. BOTANA AGRA, “En torno al aprovechamiento del estatus jurídico de la marca principal por las marcas derivadas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 de abril de 1992”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, nº 11, 1993, p. 32; C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., p. 305; A. BOGSCH, “Primer centenario del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial”, traducción a cargo de J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Actas de Derecho Industrial*, t. 9, 1983, p. 36; G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*, Ginebra, BIRPI, 1968, p. 133; M. CARTELLA, *La protezione del nome commerciale straniero in Italia*, Milán, Giuffrè, 1978, p. 83; P. ROUBIER, *Le Droit...*, cit., p. 740, y C. COMTE, “La protection...”, cit., p. 202.

¹² I. QUINTANA CARLO y L. A. MARCO ARCALÁ, “Artículo 87. Concepto y normas aplicables”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (DIR.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª ed., t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 1264.

¹³ En este sentido, B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 477; M. CARTELLA, “La protection...”, cit., p. 512; y M. PLAISANT, *Traité de Droit Conventionnel International concernant la Propriété Industrielle*, París, Sirey, 1949, pp. 243 y 244.

¹⁴ S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1550.

¹⁵ A este respecto, BONDENHAUSEN afirma que “(a) trade name will be protected, according to the Article under consideration, without any obligation of filing or registration, which means that, in the country where its protection is claimed, filing or registration of the trade name may be required neither in that country nor in any other country, particularly in the country of origin of the trade name, even if registration is mandatory there” (Cfr. *Guía para...*, cit., p. 134).

¹⁶ Vid. M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 534 y ss.

bros muestran un panorama muy heterogéneo al respecto. En rigor, cabe afirmar que no existe consenso ni sobre el concepto de nombre comercial, ni sobre los requisitos de composición que ha de reunir para ser objeto de protección. Así, a la hora de determinar si un signo puede ser objeto de la tutela internacional que brinda el art. 8 CUP, podemos encontrarnos ante situaciones complejas. Y es que lo que en un Estado miembro es un nombre comercial, puede que no lo sea en otro o, aun siéndolo en abstracto, puede que no sea considerado como tal por no cumplir las condiciones que en orden a su composición se establecen en el Estado en el que se reclama la tutela. Por ello, a la hora de delimitar la noción de nombre comercial a los efectos de la protección prevista en el art. 8 CUP, se presentan varias alternativas.

10. Una primera solución pasaría por atribuir la competencia para determinar qué debemos entender por nombre comercial a la legislación del Estado de origen. De acuerdo con esta tesis, el nombre comercial de un súbdito unionista será protegido en un país extranjero cuando sea conforme con la ley nacional del nombre comercial¹⁷, esto es, con la legislación del Estado en el que el derecho sobre el nombre comercial ha sido adquirido para distinguir la actividad empresarial de su titular. Esta posición ha sido sostenida por la doctrina mayoritaria¹⁸. El argumento de que se sirven estos autores consiste básicamente en entender que, como consecuencia de las importantes diferencias que en esta materia encontramos en las distintas legislaciones nacionales, imponer el cumplimiento de las condiciones exigidas en la normativa de cada Estado sería una carga desmesurada para las empresas que tengan la intención de extender su actividad a otros países de la Unión¹⁹. Ahora bien, conforme a esta solución, si el nombre comercial no puede considerarse como tal en virtud de la legislación del Estado de origen o no cumple con las formalidades y requisitos establecidos en materia de composición, no podrá reclamarse su tutela ex art. 8 CUP en el resto de países de la Unión. Son, por tanto, varias las dudas e incertidumbres que se anudan a esta solución.

En primer lugar, mantener esta posición nos llevaría a reconocer el carácter accesorio de la tutela concedida por el art. 8 CUP respecto de la legislación nacional del signo distintivo²⁰. En este escenario, si un determinado ordenamiento requiriese determinadas formalidades –al margen del depósito o registro– para la adquisición del derecho sobre el nombre comercial, el CUP sólo se aplicaría si se ha cumplido con estas exigencias en el país de origen²¹. Sin embargo, el art. 8 CUP tiene un carácter autoejecutivo, en el sentido de que se aplica de forma inmediata y sin necesidad de acudir a ninguna legislación nacional. De modo que el reenvío a la ley del Estado de origen no parece justificado²². En segundo lugar, el hecho de subordinar la protección del nombre comercial extranjero al requisito de su conformidad con la ley del Estado de origen implica la posibilidad de imponer al nombre comercial extranjero un tratamiento más gravoso que el previsto para los nombres comerciales en el Estado en el que se reclama la tutela²³. Esta situación es en todo punto contraria al principio de trato nacional previsto

¹⁷ Así, se ha afirmado que, si el titular del nombre comercial es una persona física, será la ley nacional del sujeto la que determine la noción de nombre comercial. De igual modo, si el titular es una persona jurídica, la ley nacional vendrá determinada por el lugar en el que ésta tenga su sede (C. COMTE, “La protection...”, cit., p. 202). No obstante, puede ocurrir que el titular del nombre comercial no sea nacional del Estado en el que éste se ha adquirido para distinguir la actividad empresarial, por lo que esta solución no puede ser acogida con carácter general.

¹⁸ Entre otros, S. P. LADAS, *La protection internationale de la propriété industrielle*, París, E. de Boccard, 1933, p. 720; M. ARENDT, “Protection du nom commercial à Luxembourg”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, nº 49, 1962, p. 198; P. ROUBIER, *Le Droit...*, cit., p. 739; C. COMTE, “La protection...”, cit., p. 202; H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1978, p. 834; y B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 476.

¹⁹ En este sentido, C. TRENTINI, “Art. 8 della Convenzione di Parigi 20 marzo 1883. Arrangement dell’Aja 6 novembre 1925 e priorità ex art. 2564 cod. civ.”, *Rivista di Diritto Commerciale*, II, 1954, p. 473; y M. GHIRON, *Corso di Diritto Industriale*, 2ª ed., vol. I, Roma, Società editrice del «Foro italiano», 1935, pp. 282 y 283.

²⁰ Vid. F. K. BEIER, y H. P. KUNZ-HALLSTEIN, “Zu den Voraussetzungen des Schutzes ausländischer Handelsnamen nach art. 2 und 8 der Pariserer Verbandsübereinkunft”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil.*, H. 6, 1982, pp. 362 y ss.

²¹ M. A. LEMA DAPENA, “La protección del nombre comercial a través del artículo 8 del CUP”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 21, 2000, p. 351.

²² M. CARTELLA, “La tutela della ditta straniera in Italia”, en AA.VV., *Problemi attuali del Diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 221.

²³ F. OSTERTAG, “Du Regime International de la Propriété Industrielle”, *La Propriété Industrielle*, 1942, pp. 172 y ss.; y M. CARTELLA, “La tutela...”, cit., p. 221.

en el art. 2 CUP²⁴, que equipara el trato de los súbditos unionistas al recibido por los nacionales de cada Estado miembro. Y es que un sujeto nacional del Estado en el que se reclama la protección podrá valerse de las irregularidades en la formación del nombre comercial derivadas de la legislación de origen para escapar de la sanción que debe venir impuesta en los casos en que su signo distintivo sea confundible con un nombre comercial extranjero previamente adoptado y utilizado en el mercado. Finalmente, este panorama plantea la problemática derivada de conciliar la aplicación de la legislación del país de origen con aquellas disposiciones del Estado de destino que sean imperativas o de orden público²⁵. No se pierda de vista en este sentido que confiar la configuración del nombre comercial a las previsiones de la legislación del país de origen puede suponer un quebranto de aquellos preceptos que no pueden ser derogados conforme a la legislación del Estado en el que se reclama la protección.

11. Una segunda solución propone hacer abstracción de la ley del Estado de origen, para determinar la noción de nombre comercial extranjero conforme a lo previsto en la legislación del Estado de destino. Desde este punto de vista, es la ley del país en el que se reclama la protección la encargada de determinar qué se entiende por nombre comercial y cómo se conforma²⁶. A favor de esta posición se esgrime el principio de trato nacional previsto en el art. 2 CUP, conforme al cual los extranjeros unionistas pueden reivindicar en cualquier otro país de la Unión la aplicación de la legislación nacional de propiedad industrial tal como se aplica a los nacionales, “siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales”.

Esta posición, empero, no ha estado exenta de crítica. En particular, se le reprocha que es posible que en el país de destino no exista ninguna previsión relativa a la protección o a la formación del nombre comercial o que, en caso de que exista, ésta sea restrictiva²⁷. Sin embargo, la crítica más sólida es aquella que se apoya en el conflicto de intereses que surge cuando el titular de un nombre comercial extranjero que se viene empleando en el comercio internacional se ve desprovisto de protección en el país de destino como consecuencia del incumplimiento de las exigencias y requisitos previstos en su legislación²⁸. El ordenamiento del Estado de destino puede manejar un concepto de nombre comercial eventualmente diferente del previsto en otros ordenamientos o imponer unas condiciones en materia de formación especialmente taxativas. En esta situación, el nombre comercial adoptado conforme a las previsiones del Estado de origen y que está siendo utilizado en el mercado podría encontrarse en el extranjero con limitaciones que impiden su protección²⁹. De ahí que haya de concluirse que esta solución, aparentemente acorde con el principio de trato nacional, no pueda ser acogida con carácter general, ya que puede dar lugar a situaciones inadmisibles desde el punto de vista de la finalidad perseguida por el legislador unionista.

12. A nuestro juicio, a la hora de determinar qué debe entenderse por nombre comercial a efectos de la protección concedida en el art. 8 CUP, es necesario acoger una interpretación *amplia*, más acorde con los motivos que inspiraron la inclusión de este precepto en el CUP y con el carácter de

²⁴ Sobre el principio de trato nacional, *vid.* G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., pp. 27 y ss.; A. BOGSCH, “Primer centenario...”, cit., pp. 20 y ss.; C. HEATH, “National treatment under the Paris Convention”, en A. KAMPERMAN SANDERS (ED.), *The principle of National Treatment in International Economic Law. Trade, investment and intellectual property*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2014, pp. 223 y ss.; y A. KÉRÉVER, “La règle du traitement national ou le principe de l’assimilation”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, n° 158, 1993, pp. 74 y ss.

²⁵ M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 525 y ss.

²⁶ Esta postura es la acogida por la mayoría de la doctrina nacional. *Vid.*, entre otros, U. NIETO CAROL, “El nombre comercial usado y el registrado: su régimen jurídico”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 21, 1996, pp. 110 y 111; y M. A. LEMA DAPENA, “La protección...”, cit., p. 343. En la doctrina comparada, esta tesis es acogida, entre otros, por G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., p. 133; y J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A aplicação...”, cit., p. 451.

²⁷ En un sentido similar, S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1547.

²⁸ En este sentido, M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 529 y ss.

²⁹ Piénsese por ejemplo en aquellos ordenamientos en los que rige el principio de veracidad del nombre comercial. Acoger la interpretación conforme a la cual el nombre comercial debe ser entendido de acuerdo con la normativa del Estado de destino implicaría que el titular de un nombre comercial español, distinto de su denominación social, que viene utilizándolo en aquel Estado, en el que incluso puede llegar a gozar de notoriedad, se vería privado de la protección unionista en tanto que este nombre comercial no sería tal conforme a las normas imperantes en el Estado en el que se reclama la tutela.

principio general que este mandato adopta. Entendemos así que la tutela unionista del nombre comercial debe concederse a cualquier distintivo bajo el que un sujeto con derecho a los beneficios del CUP desarrolla su actividad en el comercio internacional y través del cual identifica y diferencia a su empresa en el mercado³⁰. De este modo, a efectos de su protección internacional, por nombre comercial habrá que entender cualquier signo que sea utilizado en el tráfico económico a fin de distinguir la actividad empresarial del sujeto que de él se vale, al margen de si cumple o no las concretas exigencias previstas en la legislación de un Estado miembro, ya sea el de origen o el de destino. Será, por tanto, el uso que se haga del signo en el mercado lo que determinará su protección. De conformidad con esta interpretación amplia, la protección internacional prevista en el art. 8 CUP debe extenderse a las denominaciones sociales³¹, e incluso, a los nombres de dominio³², cuando unas y otros se empleen en el tráfico mercantil como nombres comerciales. Esto es, cuando su utilización en el mercado permita establecer a los ojos del público un vínculo asociativo entre el signo y la actividad desarrollada por la empresa.

Esta interpretación encuentra su fundamento en la finalidad perseguida por el art. 8 CUP. El objetivo de este precepto no es otro que conferir protección a los nombres comerciales de los empresarios en el tráfico internacional, eximiendo a su titular del cumplimiento de cualquier formalidad requerida por la legislación de un Estado extranjero, posibilitando que puedan utilizar sus signos en el plano internacional y evitando al mismo tiempo que los competidores locales se apropien indebidamente de ellos³³. La sumisión de la protección internacional del nombre comercial al cumplimiento de los requisitos que una legislación nacional imponga en materia de formación del signo supone una restricción de tal protección y da lugar a situaciones de desigualdad. Y es que el signo que pueda ser tutelado en ciertos Estados no podrá ser protegido en aquellos otros que impongan unas condiciones de configuración más gravosas.

Esta interpretación amplia del objeto de la protección internacional prevista en el art. 8 CUP parece también desprenderse del propio sistema establecido en el Convenio. En sede de marcas, el art. 6.1 CUP prevé expresamente que “(l)as condiciones de depósito y de registro de las marcas de fábrica o de comercio serán determinadas en cada país de la Unión por su legislación nacional”. En cambio, en materia de nombre comercial no se fija una norma similar. Esta disparidad normativa revela que cuando el CUP ha querido someter la formación de un signo distintivo a una concreta legislación nacional lo ha hecho. Al no existir una norma en dicho sentido en sede de nombre comercial, habrá de concluirse que su formación no está sometida a ninguna ley nacional. En consecuencia, por nombre comercial no debemos entender lo que disponga ninguna normativa estatal, sino la noción que se barajó en el CUP para otorgar protección a esta modalidad de distintivo empresarial.

13. Ahora bien, esta interpretación amplia de nombre comercial no ha de operar de forma indiscriminada. Sobre todo, si se repara en que la protección que se concede al nombre comercial extranjero viene dada por una específica legislación nacional. Por ello, los nombres comerciales extranjeros van a encontrar una limitación a su protección en las normas imperativas y de orden público vigentes en la

³⁰ En esta línea, S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1547.

³¹ La inclusión de la denominación social utilizada en el mercado como distintivo de las actividades empresariales en el objeto de la protección prevista en el art. 8 CUP se viene acogiendo en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados signatarios del CUP. En este sentido, *vid.*, entre otros, M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 536 y ss.; Y. SAINT-GAL, “Protection du nom commercial sur le plan international”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, nº 49, 1962, pp. 192 y ss.; S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., pp. 1547 y ss.; y L. MENEZES LEITÃO, “Nome e insígnia de estabelecimento”, en AA.VV., *Direito Industrial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 166 y ss. En España, resultan ilustrativas las SSTs 7 junio 2011 (RJ 2011/4393); 13 abril 2012 (RJ 2012/5256); y 8 febrero 2017 (RJ 2017/418).

³² La protección de los nombres de dominio a través del art. 8 CUP se intentó obtener en el caso resuelto por la STPI 10 de mayo de 2006, T-279/03, *Galileo International Technology LLC y otros*, ECLI:EU:T:2006:121. Sin embargo, el Tribunal desechó tal protección sobre la base de que la redacción abierta del art. 8 CUP permite a los legisladores nacionales establecer diversos regímenes de protección, aunque “(a)l ser interrogadas por el Tribunal de Primera Instancia acerca de la protección conferida por el artículo 8 del Convenio de París, las demandantes no invocaron ninguna normativa nacional específica que les otorgue una protección suficiente”.

³³ A este respecto, PLAISANT afirma que “tout usurpation de nom par son emploi sur des envoleppes, prospectus, papiers de commerce, et même tout agissement déloyal comportant l’usage du nom commercial expose ses auteurs à des poursuites, puisque la protection de l’article 8 est sans conditions...” (Cfr. *Traité de...*, cit., p. 243).

legislación del Estado en el que se reclama la protección³⁴. Quiere así sostenerse que la protección del nombre comercial extranjero puede ser negada en un Estado miembro cuando tal distintivo sea contrario a las normas que, en materia de configuración y formación del nombre comercial, tengan carácter imperativo o de orden público. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas estatales que impiden que un nombre comercial venga conformado por los escudos o banderas de sus regiones, municipios, provincias u otras entidades locales; o las referidas a determinadas actividades empresariales, como bancos, entidades de seguros, etc.; o las relativas a indicaciones geográficas³⁵.

3. Alcance de la protección concedida por el art. 8 CUP

14. El artículo bajo consideración prescribe que “(e)l nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión”. Sin embargo, no especifica en qué consiste dicha protección³⁶. Se limita a imponer a los Estados miembros de la Unión la obligación de proteger el nombre comercial. La inexistencia de una previsión normativa que vaya más allá de la mera obligación de protección del nombre comercial impuesta a todos los Estados signatarios del CUP nos conduce inevitablemente a cuestionarnos de dónde procede ésta.

15. En este extremo, la mayoría de la doctrina nacional y extranjera coincide en reconocer que esta materia ha de ser regulada por la legislación del Estado en el que se reclama la protección³⁷. Esta solución es la más coherente con la finalidad perseguida por el precepto y la más acorde con el sistema de protección instaurado por el CUP. Los argumentos en los que se apoya esta tesis son los siguientes:

En primer lugar, el art. 8 CUP obliga a los Estados miembros a conferir protección a los nombres comerciales extranjeros. Pero no les impone la previsión de una tutela específica. Ni les exige conferir una protección que sea conforme con la establecida en el país de origen, al cual –por cierto– no alude en ningún momento. El alcance de la protección concedida al nombre comercial unionista debe venir determinado por las normas contenidas en la legislación del país en el que se reclama la protección. Sólo a través de una interpretación en este sentido podría garantizarse la uniformidad de la protección otorgada en cada Estado miembro. De no ser así, el sujeto frente al que se reclama –que por regla general será nacional del Estado de destino– vería sometido su nombre comercial a una normativa diferente e imprevisible, en función de quién sea el titular del nombre comercial extranjero que reclama la protección.

En segundo lugar, el art. 2 CUP establece que “(l)os nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, *de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales* (...). En consecuencia, *aquéllos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos*, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales”³⁸. A la vista del principio de trato nacional recogido en el precepto mencionado, la

³⁴ M. CARTELLA, *La ditta...* cit., p. 552; y F. OSTERTAG, “Du Regime...”, cit., p. 171. En un sentido similar, PELLISÉ PRATS afirma que la efectividad de la protección del nombre comercial extranjero “vendrá condicionada a los presupuestos de idoneidad básica del signo, por lo menos en lo que afecta a su genericidad y, asimismo, a su licitud” (Cfr. “Voz nombre...”, cit., p. 476).

³⁵ En este sentido, CASADO CERVIÑO afirma que el “artículo 8 del CUP establece que el nombre comercial de un nacional de un país unionista debe ser protegido en los otros países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca, siempre, claro está, que dicho nombre no esté incurso en las prohibiciones legales que se aplican a este signo distintivo” (Cfr. “La nueva Ley española de marcas, nombre comercial y rótulo de establecimiento. Razones para una reforma. Concepto de marca. Signos”, *Actualidad Civil*, nº 40, 1990, p. 681).

³⁶ G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., p. 133. La indefinición de la protección que el art. 8 CUP otorga al nombre comercial ha sido puesta de manifiesto por la práctica totalidad de la doctrina. Entre otros, A. BOGSCH, “Primer centenario...”, cit., p. 36; S. RICKESTON, *The Paris Convention for the protection of industrial property. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 597; Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., p. 191; M. MONTEAGUDO, “La tutela del nombre comercial no registrado”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 22, 2001, pp. 187 y 188; y I. QUINTANA CARLO y L. A. MARCO ARCALÁ, “Artículo 87...”, cit., p. 1264.

³⁷ Entre otros, M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 517 y ss.; C. COMTE, “La protection...”, cit., p. 202; Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., p. 191; S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1561; S. RICKESTON, *The Paris...*, cit., p. 598; M. EBERSBACH, “Protection du nom commercial en Allemagne”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, nº 49, 1962, p. 147; F. MOSING, “Protection du nom commercial en Autriche”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, nº 49, 1962, p. 151; y C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., pp. 311 y ss.

³⁸ La cursiva es nuestra.

protección otorgada a los nombres comerciales extranjeros debe ser la misma que se otorga a los nombres comerciales nacionales —esto es, la protección establecida en la legislación del Estado en el que se reclama la tutela—³⁹.

Finalmente, es necesario subrayar que, si las normas que disciplinan el conflicto entre nombres comerciales tienen por finalidad proteger al público frente al riesgo de confusión en el mercado, la evaluación de tal riesgo de confusión deberá hacerse a través de los criterios establecidos por la legislación del Estado de destino. Sin duda, esta normativa es la que se encuentra en una mejor posición para valorar los intereses en juego y dar al conflicto la solución más apropiada⁴⁰.

16. Ahora bien, pese a ser pacífico que la tutela otorgada al nombre comercial en virtud del art. 8 CUP ha de venir dada por la legislación del Estado signatario en el que se reclama la protección, el precepto objeto de estudio no determina en ningún momento en qué debe consistir ésta. Cada Estado signatario es libre para determinar el contenido concreto de la protección concedida al nombre comercial unionista. No obstante, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 CUP, ésta habrá de equipararse a la otorgada a los nombres comerciales nacionales⁴¹. Los Estados miembros poseen, por tanto, una amplia libertad a la hora de configurar el sistema de protección del nombre comercial unionista. Ésta podrá venir canalizada a través de la legislación marcaria⁴², de la normativa sobre competencia desleal⁴³ o de cualquier otra regulación que sea apropiada al efecto⁴⁴. Asimismo, si un Estado garantiza a los nombres comerciales diferentes niveles de protección en función de si éstos están o no registrados, dicho Estado no está obligado a otorgar a los nombres comerciales unionistas meramente usados una protección superior a la prevista en su legislación para los nombres comerciales nacionales carentes de registro⁴⁵.

4. Protección sin obligación de depósito o de registro

17. De acuerdo con el art. 8 CUP, el nombre comercial extranjero será protegido en todos los Estados de la Unión “sin obligación de depósito o de registro”. Esta afirmación implica que el depósito o el registro del nombre comercial no puede ser exigido ni en el país en el que se reclama la protección ni en ningún otro. En particular, la protección unionista del nombre comercial no puede quedar sometida al depósito o registro del nombre comercial en su Estado de origen, incluso en el caso de que el registro se imponga como obligatorio⁴⁶. Si la legislación de un Estado miembro somete la protección del nombre comercial al requisito de registro, esta previsión ha de entenderse derogada en favor de la tutela del nombre comercial extranjero⁴⁷.

Una interpretación en otro sentido implicaría admitir el carácter accesorio de la protección prevista en el art. 8 CUP respecto de la legislación interna de los Estados miembros. Desde el momento en que se somete la tutela del nombre comercial a su depósito o registro en un Estado signatario del CUP,

³⁹ Entre otros, M. PLAISANT, *Traité de...*, cit., p. 244; S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1552; G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., p. 134; B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 474; y U. NIETO CAROL, “El nombre...”, cit., p. 108.

⁴⁰ M. CARTELLA, “La protection...”, cit., p. 520.

⁴¹ En esta línea, la STS 16 julio 2009 (RJ 2009/5493) afirma que “lo que no cabe, habida cuenta la norma unionista, es exigir para la protección un registro, ni en el país en que se pretende la protección, ni siquiera en el país originario del nombre comercial. Pero, fuera de tal alcance, el CUP no establece otra exigencia especial, y como del art. 2 del Convenio resulta la sujeción a las leyes de cada país, ha de observarse el principio del tratamiento nacional; es decir, la igualdad de trato del nombre comercial extranjero con el del nombre comercial español; sin que obste al distinto régimen que éste tenga según haya o no registro”.

⁴² Tal es el caso, entre otros Estados, de España, Portugal e Italia.

⁴³ Así, en Reino Unido, EE. UU. y Francia.

⁴⁴ G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., p. 133; y S. RICKESTON, *The Paris...*, cit., p. 597. En idéntico sentido se pronuncia la STPI 10 de mayo de 2006, T-279/03, *Galileo International Technology LLC y otros*, ECLI:EU:T:2006:121, donde se afirma que “...el artículo 8 del Convenio de París, dada su redacción abierta, permite a los diferentes legisladores nacionales instaurar diversos regímenes de protección...”.

⁴⁵ G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., p. 134; M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 548 y ss.; B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 478; y J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A aplicação...”, cit., p. 464.

⁴⁶ G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., p. 134; J. GÓMEZ MONTERO, “Artículo 90. Derechos conferidos por el registro”, en C. GONZÁLEZ-BUENO (COORD.), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 753; y U. NIETO CAROL, “El nombre...”, cit., p. 108.

⁴⁷ S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1549.

dicha protección sería dependiente de los requisitos que para el nacimiento y adquisición del derecho se prevén en ese Estado. En tal caso, el mandato unionista quedaría sin efecto, toda vez que la tutela del nombre comercial no derivaría del CUP, sino del concreto ordenamiento conforme al cual el derecho ha sido adquirido⁴⁸. Sin embargo, como se ha puesto de relieve más arriba, el art. 8 CUP es un precepto autoejecutivo. Por esta razón, la tutela que en él se prevé no está sometida a los requisitos y formalidades que, en materia de adquisición del nombre comercial, se recogen en las distintas normativas nacionales. El CUP exige un contenido mínimo para la protección del nombre comercial unionista que debe ser respetado por todos los Estados signatarios. Cuando uno de estos Estados establezca unos requisitos de protección más gravosos que los previstos en el CUP, dichas exigencias han de considerarse derogadas, imponiéndose el contenido del art. 8 CUP.

18. Ahora bien, cuando hablamos de que la protección del nombre comercial extranjero no está sometida a los requisitos y exigencias impuestos por las legislaciones nacionales de los distintos Estados miembros en materia de nacimiento y adquisición del derecho al nombre comercial, nos referimos exclusivamente a los requisitos de carácter registral. Cuestión distinta es la relativa a la exigencia de uso o de conocimiento notorio del nombre comercial en el Estado en el que se reclama la tutela. Esta otra exigencia se enmarca en el ámbito de las condiciones que el Estado de destino puede exigir para otorgar la protección del art. 8 CUP, en virtud de las competencias que tiene atribuidas en esta materia (*ex art. 8 en relación con el art. 2 CUP*). De esta forma, el nacimiento de la tutela del nombre comercial extranjero dependerá de las condiciones que, en materia de uso o de conocimiento notorio, imponga el ordenamiento del Estado en el que se reclama la protección⁴⁹.

El estudio de esta cuestión ha conducido a la mayoría de la doctrina a afirmar que el establecimiento de un sistema de registro de eficacia constitutiva está en abierta contradicción con el art. 8 CUP. Y, en coherencia con lo anterior, que el uso debe considerarse como hecho constitutivo del derecho sobre el nombre comercial⁵⁰. No obstante, este precepto no se opone a aquellos sistemas que, junto a la protección de los nombres comerciales registrados, confieren también protección a los nombres comerciales carentes de registro, aunque ésta sea más limitada⁵¹.

5. Protección del nombre comercial con independencia de que forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio

19. El último inciso del art. 8 CUP establece que el nombre comercial unionista será protegido “forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”. Esta previsión se introdujo en el texto del precepto fruto de la preocupación existente en ese momento en la jurisprudencia francesa en relación con los supuestos en que el nombre comercial estaba formado por elementos derivados de una marca de fábrica que caía dentro del dominio público⁵². Estos casos se resolvieron en el sentido de declinar el derecho sobre el nombre comercial, pues si la marca caía en el dominio público, el nombre comercial constituido por los mismos elementos debía seguir su misma suerte. La voluntad de distanciarse de esta solución y de evitar que el nombre comercial tuviera el mismo destino que la marca conformada por elementos coincidentes es lo que explica la inclusión de esta previsión en el art. 8 CUP⁵³. De modo que

⁴⁸ F. K. BEIER y H. P. KUNZ-HALLSTEIN, “Zu den Voraussetzungen...”, cit., pp. 362 y ss.

⁴⁹ Entre otros, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., pp. 305 y 306; B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 477; Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., pp. 190 y ss.; M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 534 y ss.; y S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., pp. 1554 y ss.

⁵⁰ Así, M. A. LEMA DAPENA, “La protección...”, cit., p. 352; I. QUINTANA CARLO y L. A. MARCO ARCALÁ “Artículo 87...”, cit., pp. 1262 y ss.; S. RICKESTON, *The Paris...*, cit., p. 598; y A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto industriale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2012, pp. 331 y 332.

⁵¹ En este sentido, M. REY-ALVITE VILLAR, “Protección unionista del nombre comercial extranjero no registrado en España”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 33, 2013, p. 535. Asimismo, la STS 2 octubre 2008 (RJ 2009/135), establece que “el mandato que contiene el art. 8 del Convenio de la Unión de París, respecto del nombre comercial no registrado se cumple en nuestro ordenamiento vigente en la fecha de la interposición de la demanda [similar al caso que se enjuicia] -al margen de la previsión del art. 77 de la Ley 32/1.988- mediante los tipos correspondientes descritos en la Ley 3/1.991”.

⁵² S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1551.

⁵³ C. COMTE, “La protection...”, cit., p. 201; y Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., p. 190.

si una marca configurada en términos similares a los de un nombre comercial es abandonada y cae en el dominio público, la protección del nombre comercial no se verá afectada⁵⁴.

Sin embargo, esta afirmación tiene unas implicaciones que van más allá de lo que en un inicio se buscó, al comportar que la protección del nombre comercial sea distinta y separada de aquella que corresponde a la marca de la que pueda formar parte. La inclusión del inciso “forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio” en el art. 8 CUP conlleva que la invalidación o cancelación de la marca –ya sea como resultado de una acción del titular de la marca o de un tercero– no afecta al derecho sobre el nombre comercial incluido en ella. Pero, además, esta afirmación implica que la infracción de dicha marca permite recurrir a los mecanismos de protección que derivan de la contravención de cualquiera de los dos signos. Esto es, si un nombre comercial o su parte principal o característica se utiliza también como marca, su titular puede reclamar la protección dispuesta por la legislación nacional para la tutela de las marcas, así como aquella que está prevista para la protección de los nombres comerciales⁵⁵. En consecuencia, las empresas no pueden ver negada la protección de que gozan los nombres comerciales por el hecho de que el signo o su parte característica haya sido registrada como marca y goce así de la protección derivada de este derecho.

6. Presupuesto de la protección: el uso o conocimiento notorio del nombre comercial unionista en el Estado en el que se reclama la tutela

20. La protección internacional del nombre comercial derivada del art. 8 CUP deja en manos de los distintos ordenamientos nacionales el alcance de la tutela que debe brindarse al nombre comercial extranjero que reclama su protección en alguno de los Estados miembros de la Unión. Con la finalidad de garantizar una adecuada tutela del valor procompetitivo que los nombres comerciales tienen para el empresario que los utiliza y de evitar que dicha protección dependa de las exigencias y formalidades registrales que cada uno de los distintos ordenamientos nacionales dispone en orden a la adquisición del derecho sobre el nombre comercial, se exime a su titular del requisito del depósito o registro en el Estado en que se solicita la protección. Así, no sujetándose la protección del nombre comercial extranjero a los requisitos registrales ni del Estado de origen ni del Estado de destino, queda, por tanto, determinar cuál es la normativa que regula el nacimiento de la tutela del nombre comercial extranjero, esto es, las condiciones que debe reunir el nombre comercial unionista para ser protegido.

Con carácter general, el derecho sobre el nombre comercial se adquiere como consecuencia del uso. Así ocurre en Francia⁵⁶ o en Italia⁵⁷, donde el registro no aparece como elemento constitutivo del derecho al nombre comercial. En Alemania⁵⁸ y en Austria⁵⁹, por ejemplo, junto al simple uso, el registro del nombre comercial está previsto como modalidad complementaria de adquisición. Y, en otros países como España y Portugal⁶⁰, la adquisición del derecho al nombre comercial proviene tanto del registro como del uso; aunque sólo los nombres comerciales registrados gozan de una tutela jurídica plena. En suma, el uso del nombre comercial se impone como modalidad de adquisición del derecho sobre el nombre comercial, incluso en aquellos Estados en los que el registro se prevé como obligatorio.

⁵⁴ G. H. C. BONDENHAUSEN, *Guía para...*, cit., p. 134.

⁵⁵ S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1552.

⁵⁶ J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, 2ª ed., París, LGDJ, 2009, pp. 832 y ss.; F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle. La propriété Industrielle*, París, ECONOMICA, 2011, pp. 667 y 668; J. AZÉMA, y J. C. GALLLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 7ª ed., París, Dalloz, 2012, pp. 948 y 949; y A. R. BERTRAND, *Le Droit des marques, des signes distinctifs et des noms de domaine*, París, CEDAT, 2002, p. 546.

⁵⁷ R. FRANCESCHELLI, “Protection du nom commercial en Italie”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1942, p. 169; G. CAPUZZI, “I segni distintivi”, en G. GHIDINI, y G. CAVANI, (DIRS.), *Lezioni di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, p. 101; y M. RICOLFI, “La ditta e gli altri segni distintivi”, en P. AUTERI, G. FLORIDA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, y P. SPADA, *Diritto Industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, 4ª ed., Torino, G. Giappichelli editore, 2012, pp. 165 y 166.

⁵⁸ H. P. KUNZ-HALLSTEIN, “Protection du nom commercial en Allemagne”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, 1971, pp. 277 y ss.; y M. EBERSBACH, “Protection du...”, cit., p. 149.

⁵⁹ F. MOSING, “Protection du...”, cit., p. 154.

⁶⁰ J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A aplicação...”, cit., pp. 473 y ss.; y L. MENEZES LEITÃO, “Nome e...”, cit., pp. 164 y 165.

21. Sin embargo, nuestro propósito no consiste en analizar los requisitos impuestos por las distintas leyes nacionales para determinar el nacimiento del derecho sobre el nombre comercial. De lo que aquí se trata es de concretar el momento en el que surge la protección del nombre comercial unionista. Ciertamente, el uso del nombre comercial se configura como el elemento determinante de la tutela que esta figura recibe en las regulaciones de los distintos Estados de la Unión, de modo que hemos de preguntarnos si la activación de la protección unionista del nombre comercial exige algún tipo de uso.

22. La vaguedad y falta de concreción del precepto unionista han conducido a la aparición en el Derecho comparado de dos tendencias bien diferenciadas. Éstas encarnan las dos diferentes interpretaciones que los órganos judiciales nacionales han realizado a la hora de concretar el momento en el que surge la protección del nombre comercial extranjero⁶¹.

23. La primera interpretación mantiene que la protección unionista del nombre comercial prevista en el art. 8 CUP puede ser invocada sin necesidad de que el signo haya sido usado en el Estado en el que se reclama la tutela. De conformidad con ella, el nacimiento de la tutela unionista se hace depender del uso del nombre comercial en el Estado de origen. Esta tesis, que podría denominarse *amplia*, supone la extensión automática de la protección a todos los países de la Unión por el sólo hecho de que el nombre comercial sea usado en un Estado signatario⁶². Esta tendencia, claramente minoritaria, ha sido la que se ha mantenido en España hasta fechas recientes. No obstante, en relación con este asunto hemos de situarnos del lado de la doctrina mayoritaria, que entiende que esta interpretación carece de fundamento sobre la base de distintos argumentos.

En primer lugar, esta interpretación no concuerda con el pensamiento de los autores del CUP, que trataron de garantizar una protección eficaz del nombre comercial, incluso en aquellos Estados donde no existía una tutela específica de la institución, pero sin pretender establecer una protección *ipso facto* del nombre comercial en todos los países unionistas⁶³. En segundo lugar, esta tesis desemboca inevitablemente en el principio de universalidad del nombre comercial, lo que es inadmisibles, ya que supone exigir a los empresarios del Estado en el que se solicita la tutela el conocimiento de los signos registrados o utilizados en todos y cada uno de los países unionistas⁶⁴. Finalmente, la interpretación a la que aquí nos referimos es contraria al principio de trato nacional previsto en el art. 2 CUP, que establece que los súbditos unionistas tendrán la misma protección que los nacionales del Estado en el que se reclama la tutela “siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales”⁶⁵.

24. La segunda interpretación, más *estricta*, condiciona la protección unionista a la acreditación de un uso del nombre comercial en el Estado en el que se reclama la protección. De acuerdo con esta tesis, el extranjero unionista podrá invocar la tutela prevista en el art. 8 CUP en un país de la Unión tan sólo cuando ha usado su nombre comercial en dicho Estado⁶⁶. Esta interpretación estricta es la que se impone, con mayor o menor amplitud, en la jurisprudencia europea, que exige un cierto uso o proyección del nombre comercial extranjero en el país donde se pretende su protección para que ésta sea efectiva⁶⁷.

⁶¹ Sobre las distintas interpretaciones existentes en orden a determinar el momento de nacimiento de la protección del nombre comercial extranjero, *vid.*, entre otros, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., pp. 306 y ss.; Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., pp. 190 y ss.; y M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 534 y ss.

⁶² B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 476.

⁶³ Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., p. 191.

⁶⁴ C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., p. 310; B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 476; T. DE LAS HERAS LORENZO, “El nombre comercial: Razón de ser y claves para su protección”, en AA.VV., *XXIV Jornadas de estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual. Colección de conferencias con motivo de las Jornadas de Estudio celebradas el 17 y 18 de febrero de 2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Grupo Español de la AIPPI, 2009, p. 80; y M. SACRISTÁN REPRESA, “Protección en España del nombre comercial unionista”, *Poder judicial*, nº 8, 1987, p. 58.

⁶⁵ Entre otros, U. NIETO CAROL, “El nombre...”, cit., p. 111; T. DE LAS HERAS LORENZO, “El nombre...”, cit., p. 80; y M. A. LEMA DAPENA, “La protección...”, cit., p. 352.

⁶⁶ C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., p. 306.

⁶⁷ B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 477; C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., p. 306; Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., pp. 190 y ss.; y M. CARTELLA, “La protection...”, cit., pp. 536 y ss.

La razón del predominio de esta tendencia se encuentra en su mayor coherencia con los postulados del CUP, tanto a nivel sistemático como teleológico. Esta interpretación deriva del principio de trato nacional previsto en el art. 2 CUP, que exige a los súbditos unionistas el cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en el Estado en el que se demanda la protección para disfrutar del trato dispensado a los nacionales⁶⁸. Al mismo tiempo, esta solución interpretativa viene exigida por el sistema de protección instaurado por el art. 8 CUP, en tanto que la tutela del valor procompetitivo de los nombres comerciales exige que éstos hayan sido usados en el mercado y que la masa anónima de la clientela pueda asociar el signo con las actividades identificadas⁶⁹. Finalmente, esta tesis dota de seguridad y certidumbre al sistema, toda vez que los nacionales de los distintos Estados de la Unión no tendrán que efectuar indagaciones acerca de los nombres comerciales registrados o utilizados en el resto de países unionistas.

25. Junto a estas dos interpretaciones ha surgido una tendencia *intermedia*. En virtud de ella se reconoce protección al nombre comercial extranjero cuando sea notoriamente conocido en el Estado en el que se reclama la protección, aun cuando tal signo no haya sido utilizado directamente en dicho Estado⁷⁰. A nuestro juicio, esta tesis intermedia debe incluirse dentro de la interpretación estricta, como un complemento que permite adecuar la rigidez de esta interpretación a los intereses derivados del grado de implantación de los signos en el mercado. No se pierda de vista, en este sentido, que generalmente la interpretación intermedia no aparece de forma autónoma, sino como aditamento de la tesis estricta, estableciéndose una protección del nombre comercial extranjero condicionada al uso o al conocimiento notorio en el Estado en el que se solicita la tutela⁷¹. Además, el requisito del conocimiento notorio, pese a no exigir un uso material del signo en el Estado de destino, implica una cierta utilización del signo en su territorio, ya sea en forma de publicidad, de comunicación comercial o de uso a través de redes de comunicación telemática.

26. Sentado lo anterior, podemos afirmar que será la legislación del Estado en el que se reclama la protección la encargada de determinar las condiciones que debe reunir el nombre comercial extranjero para hacerse acreedor de la tutela prevista en el art. 8 CUP. Queda, por tanto, en la mano de dicha legislación la posibilidad de exigir o no –como presupuesto de la protección– el uso del signo, o incluso su conocimiento notorio en el territorio del Estado. Ahora bien, la exigencia del uso del nombre comercial en el Estado de destino, con la alternativa o no del conocimiento notorio, se presenta como la solución más coherente tanto desde el punto de vista teleológico como sistemático. Muestra de ello es su implantación en la práctica totalidad de los Estados signatarios del CUP.

III. La protección unionista del nombre comercial en el Derecho comparado

1. Planteamiento

27. El art. 8 CUP supuso en la mayoría de los países de nuestro entorno socio-político el punto de partida de la tutela del nombre comercial como signo distintivo de la empresa. Sin embargo, su configuración como principio general y la indefinición conceptual de la figura dieron paso a una pluralidad de sistemas de protección del nombre comercial articulados sobre mecanismos jurídicos dispares y sometidos a condiciones disímiles. El mandato unionista exige a los distintos Estados signatarios el establecimiento de unos cauces normativos que permitan la tutela del derecho sobre el nombre comercial, otorgándoles una amplia libertad a la hora de elegir los mecanismos considerados más idóneos para tal

⁶⁸ En este sentido, M. A. LEMA DAPENA, “La protección...”, cit., p. 353.

⁶⁹ En este punto, la STJUE 16 de noviembre de 2004, C-245/02, *Anheuser-Busch Inc.*, ECLI:EU:C:2004:717, afirma que “(a) este respecto, del artículo 8 del Convenio de París..., resulta que debe garantizarse la protección del nombre comercial sin que pueda quedar supeditada a ningún requisito de registro.- En cuanto a eventuales requisitos relativos a un uso mínimo o a un conocimiento mínimo del nombre comercial, a los que, según el órgano jurisdiccional remitente, está supeditada la existencia de éste en virtud del Derecho finlandés, procede señalar que, en principio, ni el artículo 16, apartado 1, del Acuerdo ADPIC, ni el artículo 8 del Convenio de París se oponen a tales requisitos”. En idéntico sentido se pronuncia la STPI 10 de mayo de 2006, T-279/03, *Galileo International Technology LLC y otros*, ECLI:EU:T:2006:121.

⁷⁰ Y. SAINT-GAL, “Protection du...”, cit., p. 197; y M. CARTELLA, “La protection...”, cit., p. 535.

⁷¹ *Vid.* art. 9.1.d) LM.

fin. De ahí que sea conveniente analizar algunos de los sistemas jurídicos instaurados en el Derecho comparado para la protección del nombre comercial, con la finalidad de tener una idea aproximada de las distintas soluciones que han sido adoptadas. Ello, además, nos será de gran ayuda para valorar globalmente la adecuación del sistema de protección del nombre comercial previsto en la vigente LM.

2. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho francés

28. Junto a la marca, el ordenamiento jurídico francés contempla una pluralidad de signos distintivos protegidos por la ley. Nos referimos, en particular, a la razón o denominación social (*raison o dénomination sociale*), al nombre comercial (*nom commercial*) y al rótulo de establecimiento (*enseigne*). Estos signos distintivos se benefician de la protección concedida por la normativa represora de la competencia desleal. Y, en determinadas circunstancias, son susceptibles de constituir anterioridades aptas para determinar la indisponibilidad de un signo utilizado a título de marca. Si bien, es cierto que esta relación de anterioridades no es taxativa, dado que puede englobar otros signos como los códigos telemáticos y los nombres de dominio⁷².

29. En el ordenamiento francés puede constatarse la ausencia de una definición legal de nombre comercial. En efecto, ni las disposiciones que regulan directamente esta figura, ni las que se refieren a ella de una forma más tangencial, proporcionan un concepto legal, más allá de su configuración como elemento integrador del fondo de comercio⁷³. Pese a ello, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia coinciden en definir el nombre comercial como la denominación bajo la cual una persona física o jurídica designa la empresa o el fondo de comercio que explota, para identificarse en sus relaciones con la clientela⁷⁴; o si se prefiere, como la denominación bajo la cual el empresario explota su fondo de comercio y lo distingue de otros fondos de comercio similares⁷⁵. Según estas definiciones, el nombre comercial viene a designar una realidad específica, que no es otra que la actividad mercantil ejercida por una entidad determinada, denominada fondo de comercio, empresa o establecimiento. El nombre comercial permite así al empresario poder adoptar una denominación jurídicamente diferente a su propio nombre a fin de identificar y diferenciar su actividad a los ojos la clientela⁷⁶.

30. A diferencia de la marca y el rótulo de establecimiento, el nombre comercial debe estar constituido por un signo denominativo. Éste puede consistir en un término de fantasía, en un nombre patronímico⁷⁷, en una razón o denominación social, en el denominativo elegido por la empresa como rótulo o como marca, o incluso en unas meras siglas⁷⁸. Sin embargo, a pesar de la amplia libertad que se prevé en lo que atañe a la formación de la figura, la ausencia de un estatus legal y de toda formalidad constitutiva del derecho no permiten sostener que la elección de un nombre comercial no esté sujeta a ciertos requisitos de validez⁷⁹. Antes bien, el nombre comercial debe satisfacer ciertas exigencias para su validez que, *a priori*, son idénticas a las previstas en sede de marcas. En concreto, el nombre comercial debe ser, en todo caso, *lícito*, *distintivo* y estar *disponible*, esto es, debe poseer un poder identificador de la empresa en el mercado y no generar riesgo de confusión con los signos previamente adoptados por otras empresas⁸⁰.

⁷² A. R. BERTRAND, *Le Droit...*, cit., p. 537.

⁷³ En este sentido, se afirma que el nombre comercial es a la vez la denominación del fondo de comercio y un elemento de dicho fondo de comercio. Vid. A. MENDOZA, *Les noms de l'entreprises*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 77.

⁷⁴ A. R. BERTRAND, *Droit des marques. Signes distinctifs. Noms de domaine*, 12ª ed., París, Dalloz, 2005, p. 361; J. AZÉMA y J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., p. 943; y J. SCHMIDT-SZALEWSKI y J. L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 3ª ed., París, Litec, 2003, p. 216. En esta línea, entre otras, las SSCA París 15 enero 1987 (*Ritz /L'Espadon*); París 25 enero 1990 (*Acor/ Acord*); y Douai 16 marzo 1992 (*SARL L'Oriental/SARL L'Orientale*).

⁷⁵ J. C. GALLOUX, *Droit de la Propriété Industrielle*, 2ª ed., París, Dalloz, 2003, p. 534. En este sentido, la SCA Limoges, de 12 de junio de 1978.

⁷⁶ A. MENDOZA, *Les noms...*, cit., p. 81.

⁷⁷ J. AZÉMA y J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., p. 943; y J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., p. 534.

⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle...*, cit., p. 656.

⁷⁹ J. PASSA, *Droit de...*, cit., p. 684.

⁸⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle...*, cit., p. 656. En un sentido similar, J. PASSA, *Droit de...*, cit., p. 684; A. R. BERTRAND, *Le Droit...*, cit., pp. 548 y 549; y J. AZÉMA y J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., pp. 944 y ss.

31. En cuanto a la adquisición del derecho sobre el nombre comercial, el *Code de commerce* (arts. R. 123-38, R. 123-59 y R. 123-60) prescribe que éste ha de figurar entre los elementos que el empresario debe declarar para su inmatriculación en el Registro de comercio y sociedades (*Registre du commerce et des sociétés*). Sin embargo, la inscripción del nombre comercial en dicho Registro no constituye una condición para su protección⁸¹. Esta inscripción solamente permite hacer efectivo el derecho sobre el nombre comercial frente a terceros, a menos que éstos hayan tenido conocimiento personal del nombre comercial por otros medios⁸². De esta forma, una vez que el nombre comercial es utilizado, la ausencia de su publicación en el Registro no tiene incidencia sobre su protección, puesto que dicha inscripción no es constitutiva del derecho, ni una condición exigida para su adquisición⁸³.

En este sentido, la jurisprudencia⁸⁴ y la doctrina⁸⁵ se apoyan en el art. 8 CUP para descartar las disposiciones del *Code de commerce* (arts. R. 123-38, R. 123-59 y R. 123-60) que prevén, en sustancia, que el nombre comercial no es oponible a terceros si no se encuentra inscrito en el Registro de comercio y sociedades⁸⁶. Se sostiene así que el derecho sobre el nombre comercial no nace de la creación de la denominación, ni del cumplimiento de ciertas formalidades, sino de su primer uso⁸⁷. De ahí que en Francia el derecho sobre el nombre comercial se haya configurado tradicionalmente como un derecho de ocupación⁸⁸.

32. Pero la anterior no es la única consecuencia derivada de las disposiciones del CUP. La aplicación del principio de trato nacional implica que la persona física o jurídica nacional de un Estado signatario del CUP adquiere el derecho sobre su nombre comercial desde el momento en que tal signo sea explotado en Francia⁸⁹ y que se beneficia de la protección de su nombre comercial bajo las disposiciones de la legislación francesa⁹⁰. Por consiguiente, la utilización del nombre comercial en el territorio francés determina la protección del nombre comercial unionista conforme a la normativa francesa, esto es, aplicando los mismos mecanismos de protección que asisten al titular de un nombre comercial francés.

Esta situación conduce a una completa asimilación entre el nombre comercial unionista y el nombre comercial francés, toda vez que este último se adquiere con el primer uso efectivo y público. De igual forma, la aplicación de la legislación francesa a los nombres comerciales unionistas implica una completa identidad entre los cauces de protección previstos para los nombres comerciales franceses y extranjeros. Por este motivo, se ha manifestado por algún autor que las disposiciones del CUP carecen de toda utilidad en el ordenamiento jurídico francés, dada la ausencia de cualquier especialidad prevista para los nombres comerciales unionistas⁹¹.

33. En efecto, al igual que sucede en materia de adquisición del derecho sobre el nombre comercial, los Tribunales franceses exigen el uso del nombre comercial unionista en Francia como condición de su protección. La tutela del nombre comercial extranjero se condiciona así a su uso en Francia. Este uso puede derivar de las relaciones comerciales entabladas con una empresa francesa, independientemente de la intensidad de dicho uso⁹². Al mismo tiempo, se entiende que el requisito del uso se satisface con una explotación pública en las relaciones con la clientela, lo que puede provenir del intercambio de correspondencia, o del envío de muestras o de listas de precios⁹³. Resulta, por tanto, que el nombre

⁸¹ A. BOUVEL, *Principe de spécialité et signes distinctifs*, París, LITEC, 2004, p. 60; A. R. BERTRAND, *Le Droit...*, cit., p. 543; J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., p. 361; y F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle...*, cit., p. 668.

⁸² J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., p. 543.

⁸³ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle...*, cit., p. 669.

⁸⁴ SCA Montpellier 22 marzo 2005 (*SARL Innovation et Développement Technologie IDT France/ Société Nihon Seimitsu Sokki Kabushiki Kaisha*).

⁸⁵ Entre otros, F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle...*, cit., p. 667; J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., p. 542; y J. AZÉMA y J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., pp. 948 y 949.

⁸⁶ J. PASSA, *Droit de...*, cit., pp. 832 y 833.

⁸⁷ J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., p. 542.

⁸⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle...*, cit., p. 667.

⁸⁹ SCCass, n.º 82-15.138, 17 julio 1984 (*Pucci di Barsento*).

⁹⁰ SCA Paris 3 junio 1993 (*SA Bir/ STE Levi Strauss et cie*).

⁹¹ J. PASSA, *Droit de...*, cit., pp. 833 y 834.

⁹² SCA Paris 1 marzo 1990 (*TYF/ YT*).

⁹³ A. R. BERTRAND, *Droit des...*, cit., p. 362. En este sentido, la SCCAss., n.º 91-16.752, 29 junio 1993 (*STE Mauralest / STE*

comercial unionista será protegido en Francia desde el momento de su primer uso público y efectivo a título de nombre comercial, lo que habrá de ser probado por quien reclame la protección⁹⁴.

34. Una vez probado el uso en el territorio francés, el nombre comercial unionista será protegido a través de los mismos mecanismos de tutela establecidos para los nombres comerciales franceses. En consecuencia, el nombre comercial extranjero podrá erigirse en motivo de oposición al registro de marcas confundibles posteriores⁹⁵; aunque para ello deberá acreditarse su aplicación en el conjunto del territorio francés⁹⁶ y la existencia de un riesgo de confusión en idénticos términos a los previstos para los nombres comerciales franceses. En esta dirección, el art. L. 711-4 del Código de la *Code de la propriété intellectuelle* establece que no podrá ser adoptado como marca el signo que vulnere un derecho anterior consistente “particularmente” en “un nombre comercial conocido en el conjunto del territorio nacional, si existe un riesgo de confusión a los ojos del público”. Junto a ello, en los casos de usurpación del nombre comercial unionista usado en el territorio francés, su titular contará, en todo caso, con la posibilidad de ejercer la acción de competencia desleal, lo que implicará tener en cuenta no sólo la existencia de un riesgo de confusión a los ojos del público, sino también el alcance geográfico del uso del nombre comercial extranjero⁹⁷.

3. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho italiano

35. La exigencia de asegurar instrumentos jurídicos de distinción de la empresa en el mercado no se garantiza en el Derecho italiano únicamente a través de la marca. Junto a ella se regulan también otros signos distintivos típicos, como la *ditta* y la *insegna*, que se contraponen, a su vez, a los signos distintivos atípicos⁹⁸. Además, a este complejo entramado de signos distintivos debemos añadir las razones y denominaciones sociales y los nombres de dominio, concebidos también como signos distintivos de la empresa.

36. Pese a sus particularidades, la *ditta* regulada en el Derecho italiano puede encuadrarse dentro de la noción de nombre comercial acogida por el art. 8 CUP⁹⁹. Ciertamente, no obstante, que, al igual que ocurre en el texto unionista, el ordenamiento jurídico italiano no ofrece una definición legal de dicha figura¹⁰⁰. Empero, la doctrina mayoritaria coincide en definirla como el nombre bajo el cual el empresario ejerce la empresa y la distingue de las demás empresas competidoras¹⁰¹. La *ditta* se configura, por tanto, como el signo distintivo de la empresa, entendida como realidad económica compleja integrada por una pluralidad de elementos, entre los que figuran el empresario y el conjunto patrimonial organizado a través del cual se desarrolla la actividad empresarial¹⁰².

Gab Ricci PLC) afirma que “peu importe qu’une société soit étrangère des lors que l’usage du nom commercial a lieu publiquement sur le territoire français, ce qui est le cas lorsque des fournisseurs français établissent des factures au nom de cette société anglaise ou que des lettres lui sont adressées para une société française, cette société étrangère a donc droit à la protection de son nom en France”.

⁹⁴ A. R. BERTRAND, *Le Droit...*, cit., p. 547.

⁹⁵ A. R. BERTRAND, *Le Droit...*, cit., p. 548.

⁹⁶ Esto no quiere decir que el nombre comercial sea conocido por un amplio sector del público, sino que basta con que haya sido utilizado ampliamente en el territorio nacional, puesto que este requisito se configura como un criterio de uso geográfico, distinto de la notoriedad (Cfr. P. TRÉFIGNY, “Part. 1. Country reports: Chapter 6. France”, en P. LANGE (ED.), *International Trade Mark and Sings Protection*, Munich-Oxford-Portland, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2010, p. 366; y Y. SAINT-GAL, “Nom commercial et enseigne. Protection, transmission et perte du droit”, en *Juris Classeur. Concurrence-consommation*, Fasc. 151, 2015).

⁹⁷ Acerca de esta cuestión, *vid.*, entre otros, J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., pp. 545 y ss.; A. R. BERTRAND, *Droit des...*, cit., pp. 367 y 368; J. AZÉMA y J. C. GALLOUX, *Droit de...*, cit., pp. 951 y 952; y J. SCHMIDT-SZALEWSKI y J. L. PIERRE, *Droit de...*, cit., p. 217.

⁹⁸ Dentro de esta categoría se encuentran los eslóganes, los emblemas y los signos usados en común por empresas pertenecientes al mismo grupo. Sobre este extremo, *vid.* M. RICOLFI, “La ditta...”, cit., pp. 172 y ss.; y V. DI CATALDO, *I segni distintivi*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1993, pp. 194 y 195.

⁹⁹ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 343.

¹⁰⁰ V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., p. 173.

¹⁰¹ F. GALGANO, *Diritto commerciale. L’imprenditore*, 13ª ed., Bologna, Zanichelli editore, 2013, p. 135. En un sentido similar, V. MANGINI, V., *Manuale breve di Diritto Industriale*, 3ª ed., Padova, CEDAM, 2009, p. 116; A. VANZETTI, “Imprenditore, azienda, impresa: La ditta come specifico segno distintivo”, *Rivista di Diritto Industriale*, III, 2018, pp. 112 y 113; y V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., p. 173.

¹⁰² G. AULETTA y N. SALANITRO, *Diritto Commerciale*, 20ª ed., Milano, Giuffrè, 2015, p. 48.

37. Según la opinión consolidada, para poder gozar de la tutela prevista en el ordenamiento italiano, la *ditta* debe reunir una serie de requisitos, entre los que se encuentran la *licitud*¹⁰³, la *capacidad distintiva*¹⁰⁴ y la *novedad*¹⁰⁵. Los signos adoptados como *ditta* son esencialmente denominativos, aunque se admite la inclusión en ellos de peculiares configuraciones gráficas¹⁰⁶. La normativa italiana concede una relativa libertad en materia de formación de la *ditta*, en el sentido de que, junto a la parte obligatoria conformada por el apellido o las siglas del empresario, cabe introducir elementos expresivos y de fantasía, e incluso términos descriptivos del objeto de la actividad¹⁰⁷. El ordenamiento jurídico italiano exige al empresario persona física la inclusión de su apellido en la *ditta* para identificarse frente al público. Sin embargo, este objetivo se encuentra comprometido por la eventualidad de conformar el signo no con el apellido, sino con las siglas del empresario, lo que puede no tener ningún significado para el público. Además, la posibilidad de identificar a la persona del empresario viene eliminada en los supuestos de transmisión de la *ditta*, dado que ésta contendrá el apellido o las siglas del anterior titular, no requiriendo la introducción de los propios del adquirente y nuevo titular¹⁰⁸. Se explica así que tanto la jurisprudencia como la doctrina italianas vengán reconociendo plena protección a la *ditta* irregular o de fantasía, esto es, no comprensiva del apellido o de las siglas del titular, equiparándola *de facto* a la *ditta* regular¹⁰⁹.

38. Tradicionalmente, se ha entendido que el derecho sobre la *ditta* se adquiere como consecuencia de su uso¹¹⁰. No obstante, los datos normativos sobre los que se ha mantenido esta solución han cambiado a partir de la instauración del Registro de empresas (*Registro delle Imprese*). Las consecuencias que esta novedad normativa ha originado en lo que respecta al derecho sobre la *ditta* no están del todo claras¹¹¹.

Una primera solución consistiría en entender que, en caso de conflicto, debería prevalecer la *ditta* que haya sido inscrita en primer lugar, pese a haber sido usada en un momento posterior a la que se inscribe con posterioridad. Una segunda opción llevaría a reconocer que la inscripción de la *ditta* en el Registro de empresas no puede tener efectos más radicales que los previstos el art. 2193.1 del *Codice civile*, que disciplina la eficacia negativa de la inscripción. De este modo, el titular de la *ditta* previamente usada pero no registrada únicamente podría proteger su derecho cuando probara que el tercero (primer titular registral) había tenido conocimiento del uso previo de su *ditta*¹¹². Finalmente, la tercera solución estribaría en mantener que el conflicto entre signos distintivos ha de tomar como referencia no tanto la inscripción de la *ditta* en el Registro de empresas, sino el momento de su uso, prevaleciendo la que haya sido previamente usada, con independencia del momento de la inscripción de una y otra¹¹³.

¹⁰³ Algún autor ha diferenciado entre el requisito de licitud y de veracidad, incluyendo dentro de este último requisito la exigencia de que la *ditta* no sea engañosa (Cfr. M. CARTELLA, “Principi e requisiti della *ditta*: libertà, liceità, novità, originalità, verità”, *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1977, pp. 307 y ss.).

¹⁰⁴ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., pp. 328 y 329. Algunos autores se refieren a este requisito como *originalidad* (entre otros, P. CRUGNOLA, “Originalità e liceità della *ditta*”, *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1977, pp. 583 y ss.; y M. CARTELLA, “Principi e requisiti...”, cit., pp. 311 y ss.).

¹⁰⁵ Sobre esta cuestión *Vid.*, entre otros, F. MARTORANO, “Gli elementi di identificazione dell’impresa”, en V. BUONOCORE (COORD.), *Manuale di Diritto Commerciale*, 13ª ed., Torino, G. Giappichelli editore, 2016, p. 68, F. GALGANO, *Diritto commerciale...*, cit., p. 135; V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., p. 177; y M. CARTELLA, “Principi e requisiti...”, cit., p. 309.

¹⁰⁶ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 328.

¹⁰⁷ V. MANGINI, *Manuale breve...*, cit., p. 116.

¹⁰⁸ V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., p. 178.

¹⁰⁹ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 328; F. MARTORANO, “Gli elementi...”, cit., p. 67; y M. RICOLFI, “La *ditta*...”, cit., p. 161.

¹¹⁰ Entre otros, G. SENA, “La tutela della *ditta*”, *Rivista di Diritto Industriale*, I, 1956, pp. 503 y ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 408; M. ROTONDI, M., *Diritto industriale*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1965, p. 95; y M. CARTELLA, “La tutela...”, cit., p. 214.

¹¹¹ M. RICOLFI, “La *ditta*...”, cit., pp. 164 y 165; y G. GHIDINI y G. CAVANI, *Lezioni di Diritto Industriale. Proprietà industriale, intellettuale e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 101.

¹¹² En esta línea, F. FERRARA, *Teoria giuridica dell’azienda*, 2ª ed., Firenze, Carlo Cya, 1948, pp. 169 y ss.; P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, G. Giappichelli editore, 1948, p. 50; y V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., pp. 175 y 176.

¹¹³ Entre otros, F. GIOIA, “Effetti dell’instituzione del Registro dell’Imprese sulla disciplina della *ditta*”, *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 1997, p. 260; A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 332; y F. MARTORANO, “Gli elementi...”, cit., p. 68.

Esta última tesis es la acogida por la doctrina y la jurisprudencia italianas¹¹⁴. A su favor se esgrimen varios argumentos normativos. Por un lado, el art. 12.1 del *Codice della proprietà industriale*, que prohíbe registrar como marcas los signos idénticos o similares a una *ditta* anterior dotada de notoriedad general, es decir, conocida en el conjunto del territorio nacional, aun cuando no haya sido registrada¹¹⁵. Por otro lado, el art. 22.1 del *Codice della proprietà industriale*, según el cual la *ditta* inscrita en el Registro de empresas debe decaer frente a la marca no registrada que haya sido previamente usada.

39. El derecho sobre la *ditta* se adquiere, por tanto, con su adopción y utilización en el mercado, esto es, como consecuencia de su uso¹¹⁶. Esto determinará asimismo la extensión del propio derecho, fijando tanto el sector del mercado en el que ha de protegerse como el ámbito territorial de la tutela. Por uso de la *ditta* ha de entenderse la utilización del signo como identificador de la empresa en las relaciones de negocios, fundamentalmente en las actuaciones llevadas a cabo con otros empresarios¹¹⁷. Así, cabe hablar de uso en concepto de *ditta* cuando se utiliza el signo en el encabezamiento de la correspondencia, en la documentación mercantil, en la publicidad y en toda la documentación relativa a la empresa¹¹⁸. Se trata, en definitiva, de un uso efectivo y dotado de trascendencia externa. Y es que dicho uso debe ser capaz de determinar una implantación del signo en un ámbito territorial concreto, ya sea local, regional o nacional¹¹⁹, de manera que el resto de empresarios tengan la posibilidad de conocer la existencia en el mercado de un signo previo que pueda suponer un obstáculo a la adopción de ciertos signos¹²⁰.

40. En lo que atañe a la protección del nombre comercial unionista, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen manteniendo que el art. 8 CUP se limita a equiparar la *ditta* unionista a la *ditta* italiana, en el sentido de atribuirle la misma tutela en las mismas condiciones¹²¹. El nacimiento de la protección del nombre comercial unionista en Italia está sometido, por tanto, a las condiciones establecidas en la normativa italiana. Así las cosas, el titular del nombre comercial unionista sólo podrá reclamar su protección en Italia cuando haya sido utilizado en este territorio¹²².

Respecto a las modalidades de uso del nombre comercial unionista en el territorio italiano, se admite un amplio margen de utilización, al igual que sucede con el uso determinante del nacimiento del derecho sobre la *ditta*. En consecuencia, la protección en Italia del nombre comercial unionista está condicionada a la existencia de su uso a título de nombre comercial, es decir, como signo identificador de la empresa en el mercado, sin que sea admisible un uso del signo a título de marca¹²³, y sin requerirse al signo extranjero la adquisición de un determinado grado de notoriedad entre el público¹²⁴.

41. En algunos casos, sin embargo, se ha venido admitiendo la tutela del nombre comercial unionista no usado pero notoriamente conocido en el territorio italiano¹²⁵. Esta solución encuentra su

¹¹⁴ Sentencia de la Corte di Cassazione, n. 971, 17 enero 2017.

¹¹⁵ M. RICOLFI, "La ditta...", cit., p. 165; A. VANZETTI, "I segni distintivi non registrati nel progetto di «código»", *Rivista di Diritto Industriale*, IV-V, 2004, p. 100; y G. SENA, "Confondibilità e confusione. I diritti non titolati nel Codice della Proprietà Industriale", *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2006, p. 21.

¹¹⁶ Entre otros, A. VANZETTI, "Imprenditore, azienda...", cit., pp. 121 y ss.; G. AULETTA y N. SALANITRO, *Diritto Commerciale...*, cit., p. 49; G. SENA, "Confondibilità e...", cit., p. 21; y V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., p. 175.

¹¹⁷ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 332.

¹¹⁸ V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., p. 176.

¹¹⁹ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 332; y A. VANZETTI, "I segni...", cit., p. 103.

¹²⁰ En este sentido, A. VANZETTI, "Osservazioni sulla tutela dei segni distintivi nel código della proprietà industriale", *Rivista di Diritto Industriale*, I, 2006, p. 16.

¹²¹ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 342. En similares términos, P. AUTERI, "Recensioni a M. CARTELLA, «La protezione del nome commerciale straniero in Italia (e cenni sulla sua protezione all'estero)», in *Studi di diritto industriale raccolti da Remo Franceschelli*, Milano, 1978", *Rivista di Diritto Industriale*, II, 1979, p. 251; y M. CARTELLA, *La ditta...*, cit., p. 556.

¹²² M. CARTELLA, "La tutela...", cit., p. 216. Esta solución es la seguida, con carácter general, por la jurisprudencia italiana. Entre otras, *vid.* las Sentencias del Tribunale di Milano 8 noviembre 1978; del Tribunale di Torino 5 noviembre 1984; del Tribunale di Roma 20 marzo 1976; y del Tribunale di Bologna 4 agosto 1956.

¹²³ M. CARTELLA, *La ditta...*, cit., p. 557.

¹²⁴ M. CARTELLA, "La protection...", cit., p. 544.

¹²⁵ F. GIOIA, "Effetti dell'instituzione...", cit., p. 260.

fundamento en la noción de lugar de ejercicio de la empresa que maneja el art. 2564 *Codice civile* para dirimir el conflicto entre *ditte* idénticas o confundibles. Este precepto toma como referencia el denominado *mercato di sbocco*, esto es, aquella zona donde la empresa desarrolla sus operaciones productivas, promocionales, de venta y de aprovisionamiento, y cuya delimitación está condicionada a la previsible capacidad de expansión de la empresa¹²⁶. De esta forma, se admite la tutela del nombre comercial unionista en Italia aun en ausencia de uso, cuando el signo confundible posterior pueda afectar al mercado potencial de la empresa extranjera¹²⁷. En este sentido, podrá admitirse como prueba de este extremo que el empresario extranjero haya solicitado una licencia de exportación para Italia, que haya estipulado contratos con agentes italianos dispuestos a distribuir sus productos, que haya llevado a cabo estudios de mercado o campañas publicitarias en Italia, o que haya registrado su marca en el Registro italiano¹²⁸.

42. Sentado lo anterior, el titular de un nombre comercial unionista será tutelado en Italia en la misma forma y medida que el titular de una *ditta*¹²⁹. Conforme al art. 2564 *Codice civile*, el titular del nombre comercial unionista podrá solicitar la modificación o integración de la *ditta* posterior confundible usada en los límites territoriales en los que el signo extranjero haya sido utilizado. Según esta norma, la tutela de este signo opera en presencia de la adopción de una *ditta* “igual o similar” por parte de otro empresario, cuando ello sea susceptible de originar un “riesgo de confusión por el objeto de la empresa y por el lugar en que ésta se ejercita”. Deben constatarse, por tanto, unas condiciones que, al igual que sucede en materia de competencia desleal, presupongan en línea de principio una total o parcial superposición de signos a nivel mercadológico y territorial¹³⁰. En consecuencia, el juicio de confundibilidad se hace descansar no tanto sobre un parámetro abstracto e hipotético, sino concreto y efectivo, al resultar del concreto uso de la *ditta* que se haya hecho en el mercado¹³¹.

Asimismo, el titular del nombre comercial unionista podrá ejercitar las acciones de competencia desleal¹³². El art. 2598.1 del *Codice civile* se refiere “al uso de signos distintivos idóneos para producir confusión con los signos distintivos legítimamente usados por otros”, atribuyendo al titular de éstos últimos el derecho a excluir el uso por parte de un tercero de un signo confundible con el propio, siempre que exista un riesgo de confusión a los ojos del público en lo que concierne al origen empresarial de los productos o actividades¹³³. El titular del nombre comercial unionista que haya visto menoscabado su derecho por el uso del signo de un tercero podrá pedir la cesación del uso, la remoción de los efectos, el resarcimiento de los daños y perjuicios, y la publicación de la sentencia (arts. 2599 y ss. *Codice civile*)¹³⁴.

Por último, el nombre comercial unionista previamente usado en Italia podrá actuar como causa de nulidad del registro de una marca confundible posterior, cuando exista un riesgo de confusión o asociación en el público y sea notoriamente conocido en el mercado [art. 12.1.b) *Codice della proprietà industriale*]¹³⁵. Esta notoriedad debe entenderse como notoriedad general, es decir, no circunscrita a un ámbito local o regional. De modo que, a fin de determinar la nulidad del registro posterior de una marca, el nombre comercial unionista debe ser conocido en una parte relevante del territorio¹³⁶.

¹²⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 335; M. RICOLFI, “La ditta...”, cit., pp. 166 y 167; y A. VANZETTI, “I segni...”, cit., p. 108.

¹²⁷ M. CARTELLA, *La ditta...*, cit., p. 558.

¹²⁸ M. CARTELLA, “La tutela...”, cit., p. 219.

¹²⁹ M. CARTELLA, *La ditta...*, cit., p. 548.

¹³⁰ A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 333.

¹³¹ A. VANZETTI, “Imprenditore, azienda...”, cit., p. 125; y M. RICOLFI, “La ditta...”, cit., p. 166.

¹³² Sobre esta cuestión, F. MARTORANO, “Gli elementi...”, cit., p. 70; A. VANZETTI, “Osservazioni sulla...”, cit., p. 16; y M. RICOLFI, “La ditta...”, cit., p. 167.

¹³³ G. SENA, “Confondibilità e...”, cit., p. 18.

¹³⁴ V. DI CATALDO, *I segni...*, cit., p. 183; A. VANZETTI, “I segni...”, cit., p. 102; y F. MARTORANO, “Gli elementi...”, cit., p. 70.

¹³⁵ F. GIOIA, “Effetti dell’istituzione...”, cit., p. 259; G. SENA, “Confondibilità e...”, cit., p. 21; y A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di...*, cit., p. 342.

¹³⁶ G. CAPUZZI, “I segni...”, cit., p. 76.

4. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho inglés

43. En Reino Unido, al margen de la protección concedida a las marcas registradas en virtud de la *Trade Mark Act 1994 (chapter 26)*, no existe una regulación específica encargada de tutelar los signos distintivos de la empresa. El Derecho inglés, en la línea de otros ordenamientos de nuestro entorno, confina la protección de los signos distintivos no registrables al régimen de la competencia desleal. Bien es cierto que este ordenamiento jurídico no prevé un sistema tuitivo de la competencia desleal en cuanto tal, sino un régimen que, haciendo las veces de norma de competencia desleal, se encarga de proteger en el *goodwill* empresarial adquirido por las empresas en el mercado a los ojos de la clientela: la *passing off action*¹³⁷.

En consecuencia, aquellos signos diferentes a las marcas registradas que emplean los empresarios para identificarse y distinguir su actividad frente a la clientela no serán protegidos como tales, sino sólo en la medida en que incorporen un *goodwill* reconocido por el público, puesto que la protección brindada a través de la *passing off action* toma como eje central el *goodwill* que, sustentado en el uso de tales signos, existe entre el empresario y su clientela¹³⁸. La *passing off action* se configura, por tanto, como el instrumento jurídico encargado de proteger las marcas no registradas, los nombres comerciales, las denominaciones sociales y los nombres de dominio¹³⁹.

44. En el ordenamiento jurídico inglés, la figura del nombre comercial (*trade name*) se encuentra escasamente regulada. La normativa societaria contenida en la *Companies Act 2006* es la única que recoge algunos artículos destinados a esta institución (arts. 1192 y ss.). En rigor, dicha norma se limita a reglamentar ciertas restricciones en cuanto a su formación, pero sin ofrecer un concepto legal de nombre comercial. Pese a ello, la doctrina coincide en definir esta figura como el nombre que designa una empresa¹⁴⁰ o como el nombre bajo el cual la empresa desarrolla su actividad¹⁴¹. En suma, el nombre comercial se configura como el signo distintivo de la empresa en el mercado que, una vez que incorpore el *goodwill* empresarial a los ojos de la clientela, adquirirá el estatus de derecho de propiedad industrial¹⁴².

45. La ausencia de una regulación específica del nombre comercial y su protección a través del régimen de la *passing off action* confluyen en el reconocimiento de una amplia libertad en cuanto a su formación. En esta línea, se permite que las empresas puedan actuar en el mercado bajo un nombre comercial libremente escogido, distinto de su razón o denominación social. Sin embargo, el nombre comercial sólo podrá estar constituido por elementos denominativos, ya sea el propio nombre del empresario, individual o colectivo, ya sea una denominación de fantasía.

Ahora bien, el régimen de libertad en el que se desenvuelve la configuración del nombre comercial encuentra una serie de limitaciones, derivadas fundamentalmente de exigencias de orden público y del sistema de protección establecido en el Derecho inglés. En concreto, habrá de reunir una serie de

¹³⁷ En este sentido, se afirma que “It is a generally accepted truth that the United Kingdom has neither a general statute protecting traders against unfair competition nor has it developed a general tort of unfair competition. (...) In his judgement, Lord Justice Aldous noted obiter that the «cause of action traditionally called passing off, (is) perhaps best referred to as unfair competition»” [J. DAVIS, “Unfair Competition Law in the United Kingdom”, en R. M. HILTY y F. HENNING-BODEWIG (EDS.), *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?*, Munich, Springer, 2007, p. 183].

¹³⁸ W. CORNISH y D. LLEWELYN, *Intellectual Property*, 6ª ed., Londres, Thomson-Sweet & Maxwell, 2007, pp. 627 y 628.

¹³⁹ P. JOHNSON, “Part. 1. Country reports: Chapter 14. United Kingdom”, en P. LANGE (ED.), *International Trade Mark and Sings Protection*, Munich-Oxford-Portland, C.H. Beck-Hart-Nomos, 2010, p. 1225.

¹⁴⁰ S. MANIATIS, S. y D. BOTIS, *Trade Marks in Europe. A practical jurisprudence*, 2ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2010, p. 520; y L. W. MELVILLE, *Precedents on Intellectual Property and International Licensing*, 2ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1972, p. 211.

¹⁴¹ H. PEARSON, H. y C. MILLER, *Commercial exploitation of intellectual property*, London, Blackstone Press Limited, 1990, p. 221; y P. MOLE, P. HARRIS y R. ABNETT, “Conflicts between Trademarks and Company and Bussines Names”, Report Q 155, in the name of the United Kingdom Group, AIPPI, 2000 (disponible en http://aippi.org/wp-content/uploads/committees/155/GR155united_kingdom.pdf), p. 1.

¹⁴² P. JOHNSON, “Part. 1. Country...”, cit., p. 1150.

requisitos similares a los que se prevén, con carácter general, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: *licitud*¹⁴³, *capacidad distintiva*¹⁴⁴ y *novedad*¹⁴⁵.

46. Por otra parte, en Reino Unido no existe ninguna exigencia relativa al registro del nombre comercial, ni se prevé el sometimiento a procedimiento alguno para la obtención del derecho a utilizarlo. La capacidad de utilizar el nombre comercial únicamente está sujeta a los derechos anteriores de terceros¹⁴⁶. El régimen de la *passing off action* trata de proteger el *goodwill* que la empresa ostenta en el mercado a los ojos del público, encarnado en el nombre comercial¹⁴⁷. En consecuencia, el nombre comercial será objeto de protección a través del sistema de la *passing off action* desde el momento en que el público reconozca en el signo el *goodwill* empresarial. De ahí que no podamos hablar propiamente de adquisición del derecho sobre el nombre comercial, sino más bien de nacimiento de la protección concedida por el ordenamiento jurídico inglés. En cualquier caso, lo que resulta claro es que, para gozar de tal protección, el nombre comercial debe haber sido utilizado en el mercado de cualquier forma que permita a la clientela identificar a la empresa y otorgarle “los beneficios y ventajas de su buen nombre y reputación”¹⁴⁸. A tales efectos, ha de estimarse relevante el uso publicitario¹⁴⁹.

Así pues, el titular del signo deberá probar que goza de una reputación suficiente entre los miembros del público que reconocen a la empresa como origen empresarial de una determinada actividad¹⁵⁰. Con dicha finalidad podrá valerse de la acreditación del volumen de ventas, del gasto publicitario y de cualquier otra evidencia que permita al público atribuir características distintivas a la empresa del titular del signo¹⁵¹. Ha de considerarse suficiente el uso que permita a la clientela reconocer en el nombre comercial el *goodwill* de la empresa a la que identifica, sin que sea necesario que tal uso se extienda a todo el territorio de Reino Unido, ni que el signo goce de *goodwill* a nivel nacional¹⁵².

47. La tutela del nombre comercial unionista en el ordenamiento jurídico inglés es tributaria de la protección que el nombre comercial recibe en esta jurisdicción. En este sentido, se sostiene que la aplicación del régimen del *passing off* a los supuestos en que se conculca el *goodwill* empresarial condensado en un nombre comercial constituye el mecanismo a través del cual el Derecho inglés incorpora la protección prevista en el art. 8 CUP¹⁵³. De modo que los nombres comerciales unionistas disfrutan en Reino Unido de la misma protección que se reconoce a los nombres comerciales ingleses.

48. Igualmente, la protección que el ordenamiento jurídico inglés confiere al nombre comercial unionista está sometida a los mismos requisitos que se imponen a nivel interno para la tutela del nombre comercial. Aunque se ha afirmado que la protección del nombre comercial unionista en Reino Unido exige como condición necesaria que el signo sea utilizado en el territorio inglés y que haya adquirido

¹⁴³ P. JOHNSON, “Part. 1. Country...”, cit., p. 1150.

¹⁴⁴ El sistema de protección previsto en el ordenamiento jurídico inglés se funda en el reconocimiento de una suerte de derecho de propiedad no tanto sobre el denominativo en sí mismo, sino sobre el *goodwill* acumulado a través del uso del nombre en conexión con el negocio del titular, lo que exige como lógica consecuencia que el signo posea cierto carácter distintivo, de modo que permita al público reconocer a la empresa un concreto *goodwill*. En este sentido, C. WADLOW, *Law of passing-off: unfair competition by misrepresentation*, London, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 576 y 577.

¹⁴⁵ Sobre esta cuestión, P. MOLE, P. HARRIS y R. ABNETT, “Conflicts between...”, cit., p. 3; P. JOHNSON, “Part. 1. Country...”, cit., p. 1187; y C. WADLOW, *Law of...*, cit., p. 590 y ss.

¹⁴⁶ P. MOLE, P. HARRIS y R. ABNETT, “Conflicts between...”, cit., p. 2.

¹⁴⁷ W. CORNISH y D. LLEWELYN, *Intellectual Property...*, cit., p. 639.

¹⁴⁸ En este sentido, el *goodwill* tradicionalmente ha sido definido como “the benefit and advantage of a good name, reputation and connection of a business. It is the attractive force which brings in custom” [*IRC v. Muller & Co's Margarine Ltd* (1901) AC 217, 223].

¹⁴⁹ CORNISH y LLEWELYN afirman que a través de la publicidad se puede alcanzar una reputación suficiente a los efectos de la *passing off action*, incluso antes de que el titular del signo empiece a desarrollar su actividad de forma efectiva (Cfr. *Intellectual Property...*, cit., p. 638 y 639).

¹⁵⁰ P. JOHNSON, “Part. 1. Country...”, cit., p. 1170.

¹⁵¹ W. CORNISH y D. LLEWELYN, *Intellectual Property...*, cit., p. 630.

¹⁵² A. MICHAELS, *A practical approach to trade mark law*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 182; y C. WADLOW, *Law of...*, cit., pp. 584 y 585.

¹⁵³ P. JOHNSON, “Part 1. Country...”, cit., p. 1150, nota 3268.

cierta notoriedad en el mercado¹⁵⁴, esta afirmación debe ser matizada. La tutela otorgada al nombre comercial se hace depender no tanto de su utilización y conocimiento en el mercado, sino del *goodwill* empresarial que dicho signo ha alcanzado a los ojos de la clientela como consecuencia de su uso.

En efecto, las empresas extranjeras pueden ser conocidas en el Reino Unido por su nombre comercial. Pero si no ejercen su actividad o no tienen clientes en dicho país, sólo tienen una reputación, en lugar de *goodwill*, toda vez que la clientela no podrá asociar al signo una determinada fuerza atractiva¹⁵⁵. El *goodwill* exigido para la protección del nombre comercial va más allá de la mera reputación, entendiéndose como los concretos beneficios y ventajas derivados de ésta¹⁵⁶. Por consiguiente, tener una reputación en Reino Unido no es suficiente para fundar la *passing off action*¹⁵⁷. Es necesario que el público identifique en el nombre comercial extranjero un determinado *goodwill* como consecuencia de su uso.

49. Existe un buen número de supuestos en los que los titulares de nombres comerciales extranjeros notoriamente conocidos en Reino Unido han obtenido la protección de su signo frente al uso de denominativos idénticos o confundibles. No obstante, la solución de estos casos ha dependido en última instancia del uso de tales signos en el territorio inglés y, concretamente, del desarrollo de sus actividades en dicho ámbito territorial. Así, cuando el titular del nombre comercial extranjero desarrolla su actividad en Reino Unido a través de agentes o representantes, adquirirá *goodwill* conforme al ordenamiento jurídico inglés, en tanto que la clientela puede asociar al signo una concreta fuerza atractiva, y por tanto podrá reclamar la protección de su nombre comercial a través de la *passing off action*¹⁵⁸. De la misma forma, cuando el titular del nombre comercial extranjero no ha desarrollado su actividad en Reino Unido y no tiene clientes en este territorio, no se ha reconocido la protección del signo, a pesar de que éste era notoriamente conocido¹⁵⁹. Consecuentemente, a la hora de determinar la protección de un nombre comercial extranjero conforme al ordenamiento jurídico inglés, habrá que atender al desarrollo de la actividad en Reino Unido, lo que ha de interpretarse en sentido amplio, esto es, en el sentido de si la empresa tiene o no clientes en este territorio¹⁶⁰.

50. Una vez acreditado el *goodwill* en Reino Unido, el titular del nombre comercial unionista tiene a su disposición los mismos mecanismos de protección establecidos con carácter general para la tutela del nombre comercial inglés. Tradicionalmente, la base de la *passing off action* ha consistido en que “nadie tiene derecho a presentar las prestaciones de un competidor como propias”¹⁶¹. Pero, como consecuencia de la nueva realidad del tráfico, este principio general ha evolucionado. En el momento presente se sustituye por uno más actual, que se traduce en la previsión de que “nadie tiene derecho a aprovecharse del comercio de un competidor mediante engaño”¹⁶². Esta regla general es la que impregna todo el régimen del *passing off*, cuya operatividad se ha concretado en la exigencia cumulativa de tres elementos: la existencia de *goodwill* empresarial, la verificación de una trasgresión del *goodwill* por un tercero y la acreditación de un daño derivado de dicha trasgresión¹⁶³.

51. La acreditación de los tres elementos referidos permite al titular del nombre comercial unionista obtener un mandato judicial que ordene la cesación de las actuaciones lesivas del nombre comercial o del *goodwill*, la reparación de los daños y perjuicios, la eliminación del signo de los elementos empresariales del tercero o, incluso, la obligación de modificar el nombre comercial del tercero infractor¹⁶⁴. Junto a ello, el titular del nombre comercial unionista podrá oponerse al registro de una marca (art. 5.4 *Trade*

¹⁵⁴ M. CARTELLA, “La protection...”, cit., p. 538.

¹⁵⁵ A. MICHAELS, *A practical...*, cit., p. 183.

¹⁵⁶ *IRC v. Muller & Co's Margarine Ltd* (1901) AC 217, 223.

¹⁵⁷ *Anheuser-Busch v. Budejovicky Budvar* (1984) F.S.R. 413, CA.

¹⁵⁸ A. MICHAELS, *A practical...*, cit., p. 183. En un sentido similar, S. P. LADAS, *Patents, trademarks...*, cit., p. 1560.

¹⁵⁹ *Bernardin v. Pavilion Properties* (1967) R.P.C. 581.

¹⁶⁰ A. MICHAELS, *A practical...*, cit., p. 184.

¹⁶¹ *Reddaway v. Banham* (1986) AC 199, 204.

¹⁶² *Reckitt & Colman v. Borden* (1990) R.P.C. 340, HL.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ P. JOHNSON, “Part. 1. Country...”, cit., pp. 1215 y 1216.

Mark Act) o solicitar su nulidad (art. 47.2 *Trade Mark Act*) cuando se den los requisitos establecidos por el régimen del *passing off*¹⁶⁵. Asimismo, el nombre comercial unionista que tenga reconocido *goodwill* en el mercado se constituye en motivo de oposición frente a una denominación social registrada, cuando tal denominación sea idéntica o suficientemente similar como para inducir a error al público sobre una posible conexión entre la sociedad y el titular del nombre comercial (art. 69 *Companies Act*)¹⁶⁶.

5. Recapitulación

52. La experiencia comparada en materia de nombre comercial revela que el tratamiento de esta figura en el plano internacional presenta elementos comunes. En efecto, los ordenamientos jurídicos examinados tienen como denominador común la configuración de un sistema de protección del nombre comercial de carácter fragmentario que se construye sobre los postulados del CUP. La idea básica que resplandece en estos sistemas es la plena equiparación entre el nombre comercial nacional y el unionista. Esta tendencia –que no es exclusiva de los ordenamientos analizados, sino que es compartida por la gran mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno– se manifiesta, fundamentalmente, en el régimen de adquisición del derecho sobre el nombre comercial y en la articulación de los diferentes instrumentos de protección.

Por un lado, la adquisición del derecho sobre el nombre comercial se hace descansar, con carácter general, en el primer uso público y efectivo del signo en el mercado. Se prescinde así de la inscripción registral como modo de adquisición. Aunque lo cierto es que no puede hablarse propiamente de adquisición del derecho sobre el nombre comercial, sino más bien del nacimiento de su tutela. Y ello porque ninguno de estos ordenamientos configura un verdadero derecho exclusivo y excluyente sobre el nombre comercial. En su lugar, se limitan a disponer una serie de mecanismos de protección que tratan de garantizar su carácter procompetitivo y que entran en juego cuando existe un signo posterior que puede crear un riesgo cierto de confusión en el mismo ámbito de geográfico. Resulta, por tanto, que en estos ordenamientos el nombre comercial no se acomoda a los parámetros propios de los derechos de propiedad industrial. Antes bien, recibe la tutela que es propia de los intereses legítimos del titular de la empresa, protegidos por el Derecho regulador de la competencia desleal.

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, en el ámbito internacional se impone la construcción de un sistema de protección del nombre comercial articulado a través de la normativa represora de la competencia desleal. Ciertamente, en la gran mayoría de los países de nuestro entorno, el grueso de la protección de esta figura proviene de las normas sobre competencia desleal. Sólo en circunstancias muy particulares se arbitran cauces de comunicación con la normativa marcaria. Nos referimos, en particular, a los supuestos de uso o conocimiento notorio del signo en una parte sustancial del territorio nacional. En estos casos, el nombre comercial puede servir como causa de oposición y/o de nulidad frente a una marca idéntica o confundible posterior. Bien entendido que su efectividad se limita al ámbito registral. Para impedir el uso de signos posteriores en el mercado es necesario recurrir a las acciones de competencia desleal.

En suma, la tendencia imperante en el ámbito internacional es la construcción de un sistema de protección del nombre comercial basado en la prioridad en el uso y articulado, esencialmente, a través de la normativa concurrencial. Como veremos seguidamente, el Derecho español se separa de esta orientación de política legislativa.

IV. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho español

1. Planteamiento

53. La tutela concedida por el ordenamiento jurídico español a los nombres comerciales extranjeros ha sido –y sigue siendo– tributaria de la vaguedad e inconcreción del art. 8 CUP, así como de la evolución que el nombre comercial ha experimentado en las distintas normativas que históricamente se han ocupado de la regulación de esta figura. Estas circunstancias han determinado que la tutela del nom-

¹⁶⁵ P. MOLE, P. HARRIS y R. ABNETT, “Conflicts between...”, cit., p. 2; y P. JOHNSON, “Part. 1. Country...”, cit., p. 1186.

¹⁶⁶ A. MICHAELS, *A practical...*, cit., pp. 223 y 224.

bre comercial unionista en nuestro Derecho no haya sido constante. Por el contrario, esta protección ha ido mutando al compás de la interpretación jurisprudencial que se ha ido haciendo del art. 8 CUP y de las distintas normas internas que han tratado de acomodar la tutela unionista del nombre comercial a las previsiones de nuestro sistema marcario. Es por ello conveniente analizar la protección que han recibido los nombres comerciales unionistas en el ordenamiento jurídico español bajo el imperio de las diferentes normativas marcarias que se han ido sucediendo en el tiempo.

2. La protección del nombre comercial unionista bajo la vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial

54. El Estatuto sobre Propiedad Industrial, aprobado por Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 (en adelante, EPI), siguiendo la dinámica del CUP, incorporó en su art. 197 la protección unionista del nombre comercial de forma poco concreta. Se limitó a disponer que “(l)os nombres comerciales serán registrados para toda España, sus colonias y Protectorado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8º del Tratado de París de 1883”. La vaguedad de los términos utilizados por los legisladores unionista y nacional (art. 8 CUP y art. 197 EPI), puso en manos de la jurisprudencia la tarea de delimitar los distintos aspectos de la protección internacional del nombre comercial. Durante la vigencia del EPI, los conflictos entre nombres comerciales extranjeros y nacionales fueron numerosos y el TS tuvo la oportunidad de pronunciarse en varios de ellos, perfilando una doctrina generalmente constante sobre los distintos extremos que configuran la tutela del nombre comercial unionista.

55. En relación con los signos que podían protegerse como nombres comerciales *ex art. 8 CUP*, el TS parecía decantarse por el recurso a la legislación del país de origen, exigiendo como requisito de la protección unionista que el nombre comercial hubiera sido constituido válidamente de acuerdo con las normas que rigen en dicho Estado¹⁶⁷. En este extremo, la formulación positiva de la doctrina del TS consistió en conectar la protección unionista del nombre comercial a la adquisición de la titularidad del derecho sobre el signo en las condiciones señaladas por el ordenamiento del país de origen, sin que fuera necesaria ninguna otra condición¹⁶⁸.

56. Respecto a las condiciones que habría de cumplir el nombre comercial unionista para gozar de protección en el ordenamiento jurídico español, los tribunales nacionales sostuvieron que no era necesario probar su uso en España, sino tan sólo su utilización precedente en el país de origen¹⁶⁹. En este sentido, el TS declaró de forma reiterada que el titular de un nombre comercial registrado o utilizado en un país unionista podía invocar la protección concedida por el art. 8 CUP, con independencia de que dicho signo hubiera sido utilizado o registrado en España¹⁷⁰. Nuestro TS se situó así en una línea excesivamente proteccionista. A este respecto, se mostró partidario de tutelar el nombre comercial unionista en situaciones en las que no se protegía el nombre comercial nacional. Así, mientras que el nombre comercial unionista se protegía aun cuando no hubiera sido usado en el territorio español, el nombre comercial español no registrado requería en todo caso de su uso para ser tutelado.

Esta interpretación amplia de la protección prevista en el art. 8 CUP fue objeto de crítica por un importante sector de la doctrina¹⁷¹. Estos autores alegaron que la tutela del nombre comercial extranjero

¹⁶⁷ Esta interpretación se desprende claramente de la STS 3 febrero 1987 (RJ 1987/678), cuando afirma que “para otorgar al nombre comercial la protección legal en los términos de la normativa española no se exige por la normativa unionista formalidad alguna cuando aquél sea la denominación o razón social según la normativa del país de origen”. En este sentido, H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de...*, cit., p. 834.

¹⁶⁸ M. SACRISTÁN REPESA, “Protección en...”, cit., p. 57.

¹⁶⁹ J. GÓMEZ MONTERO, “La regulación del nombre comercial en el Derecho español”, *La Ley*, nº 1, 1992, p. 988.

¹⁷⁰ Entre otras, SSTS 16 noviembre de 1963; 14 diciembre 1963; 7 marzo 1966; 19 diciembre 1969; 24 enero 1986 (RJ 1986/326); 3 febrero 1987 (RJ 1987/678); 24 febrero 1989 (RJ 1989/1397); y 18 diciembre 1990 (RJ 1990/10289).

¹⁷¹ Estas críticas coinciden con las que se hicieron más arriba a la interpretación amplia de los requisitos de protección del nombre comercial unionista. *Vid.*, entre otros, T. DE LAS HERAS LORENZO, “Comentario a la STS de 3 febrero de 1987. Nombre comercial de un extranjero unionista: protección sin necesidad de uso ni de registro en España; nulidad de marcas registradas confundibles. Primacía del Derecho unionista sobre la ley interna”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 13, 1987, p.

en un Estado de la Unión debía exigir la existencia de un interés concreto que justificara su otorgamiento¹⁷², es decir, que se constatará un cierto grado de implantación del signo en el mercado. Con ello se mostraron partidarios de requerir que el nombre comercial unionista fuera usado en el territorio español, fuera notoriamente conocido o gozara de notoriedad en el ámbito internacional¹⁷³.

57. Por último, en relación con el alcance de la protección concedida en el Derecho español a los nombres comerciales unionistas, el TS concedió una amplia protección al nombre comercial extranjero no registrado ni usado en nuestro país, reconociendo a su titular facultades más extensas que las que se conferían a los titulares de nombres comerciales españoles simplemente usados¹⁷⁴. Según la jurisprudencia del TS, los derechos que asistían al titular de un nombre comercial unionista se concretaban en el derecho a usar el nombre comercial en España sin necesidad de registro, el derecho a oponerse a la inscripción de otros distintivos posteriores confundibles y, por último, el derecho de instar judicialmente la acción de nulidad contra aquellos distintivos ya registrados en las condiciones fijadas por la legislación española¹⁷⁵. Por contraposición, el usuario de un nombre comercial nacional no registrado únicamente podía proteger su signo mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria y de la acción de nulidad¹⁷⁶.

3. La protección del nombre comercial unionista bajo la vigencia de la Ley de Marcas de 1988

58. En el sistema instaurado por la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (en lo sucesivo, LM 1988), la norma de conexión para la aplicación del art. 8 CUP se contenía en su art. 77¹⁷⁷. Este precepto establecía que “(e)l nombre comercial será protegido en las condiciones establecidas en el artículo 8 del Acta vigente en España del Convenio de la Unión de París (...) siempre que su titular demuestre que lo ha usado en España”. A través de esta norma, la LM 1988 trató de dismantelar la doctrina jurisprudencial existente durante la vigencia del EPI, que venía concediendo a los nombres comerciales unionistas no usados en España una protección más amplia que la concedida a los nombres comerciales españoles¹⁷⁸. Con ello el legislador de 1988 se hizo eco de la opinión doctrinal mayoritaria que, como señalamos más arriba, se había mostrado muy crítica con la referida solución jurisprudencial.

De esta forma, la LM de 1988 vino a establecer la básica equiparación entre españoles y extranjeros en nuestro ordenamiento, de modo que sólo los nombres comerciales usados en nuestro país tendrían la protección derivada del art. 8 CUP¹⁷⁹. Esta solución, empero, no era plenamente satisfactoria. Planteaba serios problemas de interpretación tanto en lo relativo a la delimitación de qué debía entenderse a tal efecto por nombre comercial, como en lo referente a las facultades que asistían al titular de un nombre comercial unionista usado en nuestro país¹⁸⁰.

4376; C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., p. 310; M. SACRISTÁN REPRESA, “Protección en...”, cit., pp. 57 y 58; y U. NIETO CAROL, “El nombre...”, cit., pp. 110 y ss.

¹⁷² B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 477. En un sentido similar, H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de...*, cit., p. 835.

¹⁷³ J. A. LÓPEZ GÓMEZ, “Anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1975. Caso Dior”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 3, 1976, pp. 643 y 644.

¹⁷⁴ En este sentido, resulta ilustrativa la STS 19 diciembre 1969, la cual afirmaba que “(l)a clase de protección de que, por virtud del artículo 8º del Convenio de la Unión, goza el nombre comercial (...) no puede ser otra que la misma de que los nombres comerciales inscritos en el Registro Español gozan en este país, pues así se desprende del contenido del artículo 2º del mismo Convenio”.

¹⁷⁵ Entre otros, B. PELLISÉ PRATS, “Voz nombre...”, cit., p. 478; C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “En torno...”, cit., p. 311; A. ELZABURU, “La protection du nom commercial en Espagne sous le couvert d l’article 8 de la convention de l’Union de Paris”, *Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique*, nº 87, 1972, pp. 258 y 259; y J. GÓMEZ MONTERO, “La regulación...”, cit., p. 988.

¹⁷⁶ M. BOTANA AGRA, “La protección del nombre comercial usado pero no registrado frente a la marca confundible posteriormente”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 3, 1976, pp. 315 y ss.

¹⁷⁷ M. BOTANA AGRA, “En torno...”, cit., p. 33.

¹⁷⁸ B. PELLISÉ PRATS, “Comentarios básicos a la nueva Ley de Marcas de 1988”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1989, p. 664. En idéntico sentido, A. CASADO CERVIÑO, “La nueva...”, cit., p. 681; J. GÓMEZ MONTERO, “La regulación...”, cit., p. 989; y U. NIETO CAROL, “El nombre...”, cit., p. 113. Esta línea rupturista se manifiesta de igual forma en la STS 9 abril 1992 (RJ 1992/3188), donde se declara que “idénticas razones impiden aplicar al caso que nos ocupa el artículo 8 del propio Convenio, que se interpreta mal al seguir las sentencias de esta Sala de 3 de febrero de 1987 y 24 de febrero de 1989”.

¹⁷⁹ B. PELLISÉ PRATS, “Comentarios básicos...”, cit., pp. 664 y 665.

¹⁸⁰ En esta línea, J. GÓMEZ MONTERO, “La regulación...”, cit., p. 989; B. PELLISÉ PRATS, “Comentarios básicos...”, cit., p. 664;

59. La doctrina española apenas se pronunció sobre qué signos podían constituir nombres comerciales a los efectos de la protección unionista. Algún autor se decantó por el recurso a la legislación nacional a la hora de determinar qué debía entenderse por nombre comercial unionista, manteniendo que la tutela prevista en el art. 8 CUP se extendía a todos los distintivos que pudieran ser considerados nombres comerciales *ex art. 76 LM 1988*¹⁸¹. En cambio, el TS optó por una tesis más amplia, al reconocer la protección unionista a todos aquellos signos utilizados en el tráfico económico en concepto de nombre comercial, independientemente de su calificación como tal conforme a la legislación del país de origen o de aquel en el que se reclama la tutela¹⁸².

60. A diferencia del EPI, el art. 77 LM 1988 se pronunció expresamente sobre las condiciones que debía reunir el nombre comercial unionista para acceder a la protección derivada del art. 8 CUP. Según este precepto, la tutela del nombre comercial extranjero estaba condicionada a su uso en España con carácter previo a la acción¹⁸³. Este extremo fue desarrollado por la jurisprudencia del TS, que exigió como requisitos para el ejercicio de la acción de nulidad prevista en el art. 77 LM 1988: “a) que se trate de un nombre comercial, con lo que se excluye el supuesto de que sea una mera denominación o razón social (...); b) que haya una utilización efectiva, con lo que se excluyen los casos esporádicos o actos ocasionales; c) que el uso sea anterior a la solicitud de registro de la marca (o signo distintivo respecto del que se pretende la nulidad); y d) que haya un riesgo de confusión, sin que sea suficiente el de asociación. No se exigen el registro (basta el uso) por lo que en dicho aspecto (para la acción de nulidad, no la de cesación) no es preciso que el nombre comercial esté registrado, y tampoco (en el ordenamiento jurídico de la Ley 32/1.988) la notoriedad”¹⁸⁴.

Sin embargo, pese al tenor del art. 77, el TS confirmó la posición jurisprudencial mantenida durante la vigencia del EPI en varias Sentencias dictadas bajo el imperio de la LM 1988¹⁸⁵. De ahí que haya de concluirse que la interpretación de la exigencia de uso del nombre comercial unionista en el territorio español no fue pacífica a lo largo de la vigencia de la LM 1988. En rigor, el criterio del uso previo del nombre comercial fue un requisito que tardó en imponerse en nuestro país.

61. Finalmente, en relación con las facultades concedidas al titular del nombre comercial unionista, la doctrina puso de manifiesto las deficiencias del art. 77 LM 1988 que, en lugar de definir el alcance de la protección, remitía al art. 8 CUP, al establecer que el nombre comercial sería protegido “en las condiciones establecidas” en dicho precepto¹⁸⁶. Al margen de estas disfunciones, no cabe duda de que el titular de un nombre comercial unionista podía ejercitar la acción de nulidad contra el registro de un signo distintivo posterior *ex art. 77 LM 1988*¹⁸⁷. Asimismo, la doctrina se mostró unánime en reconocer

J. MASSAGUER FUENTES, “La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas: principios y claves”, en F. ALONSO ESPINOSA (COORD.), *El nuevo Derecho de Marcas. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas*, Comares, Granada, 2002, p. 31; J. BANÚS DURÁN, “El nombre comercial y el rótulo de establecimiento”, en AA.VV., *Jornadas de estudio sobre la nueva regulación legal del Derecho de marcas. La empresa española ante el mercado único*. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 1990, pp. 145 y 146; y M. BOTANA AGRA, “Panorámica de la Ley 32/1988 española de Marcas”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 13, 1989-1990, pp. 35 y 36.

¹⁸¹ B. PELLISÉ PRATS, “Comentarios básicos...”, cit., pp. 663 y 664.

¹⁸² En esta sentido, la STS 14 febrero 2000 (RJ 2000/1237), declaró que “(e)s de destacar que el uso (que sirve de fundamento a la acción de que se trata) ha de ser como nombre comercial y no como denominación social (nombre-firma), es decir, no como identificador del empresario, sino como reconocedor de la empresa en el tráfico económico evitando la confusión en la clientela, por lo que su función es la de identificar toda o una parte de la actividad económica o comercial”. Esta solución es ratificada por las SSTS 4 junio 2008 (RJ 2008/3199); y 2 octubre 2008 (RJ 2009/135).

¹⁸³ A tal respecto, para activar la tutela prevista en el CUP, el titular del nombre comercial extranjero sólo tenía que acreditar su uso previo en el territorio español, no su notoriedad como, en cambio, exigía el art. 3.2 LM 1988 para la marca (C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Derecho de marcas*, Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 35 y 36; y F. CERDÁ ALBERO, “Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial, signos nominales y denominaciones subjetivas. Reflexiones desde una jurisprudencia reciente”, *Revista General de Derecho*, nº 621, 1996, p. 4973, nota 62).

¹⁸⁴ STS 2 octubre 2008 (RJ 2009/135), donde se sigue la doctrina jurisprudencial mantenida en las SSTS 14 febrero 2000 (RJ 2000/1237); y 4 junio 2008 (RJ 2008/3199).

¹⁸⁵ Así, las SSTS 29 febrero 2000 (RJ 2000/811); 21 julio 2000 (RJ 2000/6470); y 31 mayo 2002 (RJ 2002/6753).

¹⁸⁶ Entre otros, B. PELLISÉ PRATS, “Comentarios básicos...”, cit., p. 665; J. GÓMEZ MONTERO, “La regulación...”, cit., p. 989; y U. NIETO CAROL, “El nombre...”, cit., p. 113.

¹⁸⁷ STS 20 enero 2010 (RJ 2010/159).

al titular del nombre comercial extranjero la facultad de prohibir el uso del signo posterior confundible en virtud de las disposiciones de la LCD¹⁸⁸.

4. La protección del nombre comercial unionista en la vigente Ley de Marcas

A) Planteamiento

62. La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante, LM), avanzando en la línea abierta por la LM 1988, articula la protección del nombre comercial unionista sobre la base de dos ejes fundamentales: por una parte, equipara el nombre comercial extranjero y el nombre comercial español y, por otra, exige como requisito de la tutela la prueba del uso o del conocimiento notorio en nuestro país¹⁸⁹. El punto de conexión entre el art. 8 CUP y la normativa marcaria española se encuentra actualmente en el art. 9.1.d) LM, que incluye el nombre comercial unionista entre los “derechos anteriores” constitutivos de las prohibiciones relativas de registro.

Tras los vaivenes interpretativos experimentados por la protección unionista del nombre comercial y las dudas aplicativas suscitadas por la regulación contenida en la legislación precedente, el art. 9.1.d) LM viene a resolver los problemas planteados en esta materia¹⁹⁰. En efecto, a través de este precepto se ha tratado de poner punto final a la línea jurisprudencial anterior por cuya virtud se protegían los nombres comerciales extranjeros sin ningún tipo de requisito cualificador –es decir, sin necesidad de probar el uso, ni el conocimiento notorio en España–¹⁹¹. El sistema marcario español se sitúa así en la línea imperante en los demás países de nuestro entorno¹⁹². El resultado no es otro que el establecimiento de un régimen de protección del nombre comercial unionista más restrictivo en cuanto a las condiciones exigidas para su activación, que se sitúa en la línea de asegurar la implantación de los signos extranjeros en España como requisito de la tutela¹⁹³.

B) La noción de nombre comercial a los efectos de la protección otorgada por el art. 9.1.d) LM

63. La noción de nombre comercial que debe gobernar la tutela unionista no ha sido delimitada ni por la normativa marcaria, ni por la doctrina. A pesar de ello, la jurisprudencia más reciente parece decantarse por la interpretación amplia mantenida por las resoluciones judiciales emitidas bajo el imperio de la LM 1988. De modo que para determinar cuándo nos encontramos ante un nombre comercial extranjero susceptible de reclamar la tutela unionista, la jurisprudencia no se remite ni a la legislación del Estado de origen ni a la normativa nacional, sino que toma como base el uso que se haga del signo en el mercado para calificarlo como nombre comercial¹⁹⁴.

En consecuencia, al margen de los requisitos de depósito o registro –no exigibles por mandato expreso del art. 8 CUP–, el otorgamiento de la tutela unionista no depende de la adecuación del signo al concepto de nombre comercial manejado ni por la legislación del Estado de origen ni por la normativa nacional. Ni tiene que ajustarse en cuanto a su formación a lo previsto en ninguno de estos ordenamientos –al margen, claro está, de su necesario acomodamiento a las normas imperativas que en esta materia rigen en el Derecho español–. Basta con que el signo en cuestión sea utilizado en el tráfico económico como identificador de la empresa, diferenciando sus actividades de las del resto de competidores, lo que dependerá en último extremo del uso que de él haga su titular.

¹⁸⁸ L. M. MIRANDA SERRANO, *Denominación social...*, cit., p. 374; A. ELZABURU y J. GÓMEZ MONTERO, “Nombre Comercial”, en X. O’CALLAGHAN MUÑOZ (DIR.), *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 264; y M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., p. 187.

¹⁸⁹ J. GÓMEZ MONTERO, “Artículo 90...”, cit., p. 753.

¹⁹⁰ Así lo afirma la Exposición de Motivos de la LM. No obstante, algunos autores siguen manifestando su disconformidad en relación con la conjugación del sistema de registro constitutivo con la protección unionista del nombre comercial no registrado (M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 1108; y I. QUINTANA CARLO y L. A. MARCO ARCALÁ, “Artículo 87...”, cit., pp. 1263 y ss.).

¹⁹¹ M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., pp. 191 y 192; y T. DE LAS HERAS LORENZO, “El nombre...”, cit., p. 79.

¹⁹² SSTs 16 julio 2009 (RJ 2009/5493); y 17 diciembre 2009 (RJ 2010/861).

¹⁹³ J. MASSAGUER FUENTES, “La Ley 17/2001...”, cit., p. 31.

¹⁹⁴ STS 8 febrero 2017 (RJ 2017/418).

C) Los requisitos de la protección del nombre comercial unionista *ex art. 9.1.d) LM*

64. Al margen de esta concepción amplia de nombre comercial, el art. 9.1.d) LM, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial más reciente¹⁹⁵ y con la opinión doctrinal mayoritaria, plasma una interpretación restrictiva del art. 8 CUP. Conforme a ella se entiende que el art. 8 CUP no establece el contenido de la tutela otorgada al nombre comercial unionista, sino que se limita a imponer a los Estados miembros la obligación de implantar mecanismos para lograr dicha protección¹⁹⁶. De esta forma, corresponde a la legislación nacional la determinación tanto del alcance de la protección que el nombre comercial unionista debe recibir en España, como de los requisitos que el signo debe reunir para disfrutar de dicha protección.

65. En cuanto a las exigencias que ha de cumplir el nombre comercial extranjero para disfrutar de la tutela unionista, el art. 9.1.d) LM establece la necesidad de acreditar “el uso o conocimiento notorio” en el “conjunto del territorio nacional”. La doctrina¹⁹⁷ y la jurisprudencia¹⁹⁸ parecen estar de acuerdo en entender que la notoriedad se refiere sólo al conocimiento. En consecuencia, frente a la situación normativa precedente, la regulación vigente exige, o bien el uso prioritario del nombre comercial unionista en el conjunto del territorio nacional, o bien su conocimiento notorio –aun en ausencia de uso– también en el conjunto del territorio nacional¹⁹⁹.

La exigencia de uso no plantea mayores problemas. Tan sólo ha de advertirse que ha de tratarse de un uso a título de nombre comercial²⁰⁰. Y, además, que ha de llevarse a cabo forma efectiva, no bastando con el mero uso esporádico, accidental o anecdótico²⁰¹. La jurisprudencia habla, en el sentido indicado, de un “uso efectivo y manifestado al exterior, como distintivo de la actividad empresarial”²⁰², que sea suficiente para que el público pueda establecer un vínculo entre el signo y la actividad desarrollada por su titular²⁰³.

Por su parte, el requisito del conocimiento notorio se presenta como un presupuesto de la tutela del nombre comercial unionista alternativo al uso. Razón por la cual está reservado a aquellos nombres comerciales que no hayan sido usados en España²⁰⁴. El conocimiento notorio ha de ser exigido en relación con el sector del mercado al que se refieren las actividades protegidas por el nombre comercial²⁰⁵. Además, debe ser consecuencia del uso que el titular haga del signo, ya sea en el territorio español, ya sea en el extranjero²⁰⁶.

66. Como ya se ha adelantado, la protección otorgada por el ordenamiento jurídico español a los nombres comerciales extranjeros no se concede al mero usuario, sino únicamente a aquellos que acrediten el uso o, en su caso, el conocimiento notorio en el *conjunto del territorio nacional*. Se establece así una extensa exigencia territorial, cuya determinación no ha sido fijada de forma segura en el texto de la norma.

En la doctrina podemos encontrar dos tendencias bien diferenciadas. Por un lado, la dicción del art. 9.1.d) y de la Exposición de Motivos de la LM²⁰⁷ ha llevado a un sector doctrinal a sostener que no es

¹⁹⁵ STS 13 abril 2012 (RJ 2012/5256).

¹⁹⁶ M. REY-ALVITE VILLAR, “Protección unionista...”, cit., p. 534.

¹⁹⁷ Entre otros, A. GARCÍA VIDAL, “La denominación social en la Ley de Marcas de 2001”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 22, 2001, p. 61; M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., p. 191; y A. F. GALACHO ABOLAFIO, “El reconocimiento legal del carácter distintivo de la denominación social en la Ley 17/2001, de Marcas: verdad a medias”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 34, 2013-2014, p. 187.

¹⁹⁸ SSTS 16 julio 2009 (RJ 2009/5493); y 8 febrero 2017 (RJ 2017/418).

¹⁹⁹ M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., p. 191.

²⁰⁰ Esta exigencia está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. *Vid.* A. BOUVEL, *Principe de...*, cit., p. 60; A. R. BERTRAND, *Le Droit...*, cit., pp. 547 y 548; y M. CARTELLA, “La tutela...”, cit., p. 218.

²⁰¹ J. MASSAGUER FUENTES, “La Ley 17/2001...”, cit., p. 32.

²⁰² STS 9 julio 2013 (RJ 2013/5530).

²⁰³ STS 8 febrero 2017 (RJ 2017/418).

²⁰⁴ En este sentido, J. MASSAGUER FUENTES, “La Ley 17/2001...”, cit., p. 32; A. GARCÍA VIDAL, “La denominación...”, cit., p. 62; y M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., p. 191.

²⁰⁵ J. GÓMEZ MONTERO, “Artículo 90...”, cit., p. 754.

²⁰⁶ STS 8 febrero 2017 (RJ 2017/418).

²⁰⁷ Sobre este particular, la Exposición de Motivos LM declara que el titular de un nombre comercial no registrado o de una

suficiente el uso o el conocimiento notorio que afecta a una parte de España (criterio literalista)²⁰⁸. Otros autores, en cambio, se han apoyado en una ponderación de los intereses en juego para decantarse por la prueba del uso o del conocimiento notorio en una parte sustancial del territorio nacional²⁰⁹. A nuestro juicio, ha de aceptarse la segunda de las tesis expuestas. Acoger una interpretación literal de la norma implica vaciar de contenido la protección derivada del art. 9.1.d) LM. Sobre todo, si se tiene en cuenta que hay actividades que por su naturaleza no pueden extenderse a todo el territorio nacional. Además, este parece ser el criterio adoptado por la jurisprudencia, al exigir a los nombres comerciales extranjeros “un uso suficiente en el territorio nacional o en una parte relevante del mismo”²¹⁰.

67. Finalmente, la protección del nombre comercial unionista establecida en el art. 9.1.d) LM está expresamente limitada por el principio de especialidad, lo que exige una similitud en relación con los ámbitos de aplicación de los signos en liza²¹¹. En efecto, el legislador ha configurado la protección del nombre comercial unionista a partir de la noción de riesgo de confusión entre el nombre comercial unionista usado previamente y el signo posterior solicitado o registrado. De ahí la alusión que realiza la norma a la identidad o semejanza entre los signos enfrentados y a la identidad o similitud entre sus respectivos ámbitos aplicativos. Algún autor ha sostenido que se elude toda referencia al riesgo de asociación de forma deliberada, con el fin de aproximar el juicio de confundibilidad al carácter fáctico del riesgo de confusión propio del Derecho contra la competencia desleal, alejándolo del carácter normativo del riesgo de confusión característico del Derecho marcario²¹². Frente a ello, otros autores han entendido que esta omisión se debe a la voluntad del legislador de acotar de manera más rigurosa los supuestos materiales en los que puede producirse la confusión en el ámbito del art. 9.1.d) LM, sobre la base de que la noción de riesgo de confusión en toda la LM es uniforme²¹³. Esta última interpretación es, a nuestro juicio, la más plausible y, por ende, la que ha de defenderse.

D) El alcance de la protección concedida por el art. 9.1.d) LM

68. La delimitación del alcance de la protección dispensada al nombre comercial unionista en el vigente ordenamiento español ha estado apoyada en el principio de equiparación entre el nombre comercial unionista y el nombre comercial nacional. De ahí que el TS haya declarado en varias ocasiones que “el Convenio de la Unión de París no otorga, ni permite otorgar, una protección en España al nombre comercial extranjero superior a la que se otorga al nombre comercial español”²¹⁴. Sin embargo, esta equiparación de trato, demandada expresamente por el art. 2 CUP, debe ser completada por la legislación nacional de cada Estado miembro, que es la encargada en último término de concretar el alcance de la protección otorgada al nombre comercial unionista.

69. Nuestro legislador ha optado por no conceder un derecho de exclusiva completo a su titular, con sus vertientes positivas y negativas²¹⁵. Ha preferido configurar la protección ordenada por el art. 8

denominación social podrá formular la oportuna oposición al registro o solicitar la nulidad de signos posteriores, “siempre que se pruebe el uso prioritario de ésta en todo el territorio nacional y exista riesgo cierto de confusión en el público”.

²⁰⁸ A. GARCÍA VIDAL, “La denominación...”, cit., p. 62.

²⁰⁹ C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, “Las prohibiciones relativas”, en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, J. M. OTERO LASTRES y M. BOTANA AGRA, *Manual de propiedad industrial*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 552; J. L. BARBERO CHECA, “Artículo 9. Otros derechos anteriores”, en C. GONZÁLEZ-BUENO (coord.), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 220; F. ALONSO ESPINOSA “Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 245, 2002, p. 1229; y A. F. GALACHO ABOLAFIO, “El reconocimiento...”, cit., pp. 190 y 191.

²¹⁰ SSTS 17 diciembre 2009 (RJ 2010/861); y 8 febrero 2017 (RJ 2017/418).

²¹¹ STS 13 abril 2012 (RJ 2012/5256). En la doctrina, entre otros, T. DE LAS HERAS LORENZO, “El nombre...”, cit., p. 75; y L. M. MIRANDA SERRANO, “La relevancia distintiva de las denominaciones sociales en la Ley 17/2001 de Marcas”, *Revista Derecho de Sociedades*, nº 21, 2003, p. 137.

²¹² M. LOBATO GARCÍA-MUJÁN, *Comentario a...*, cit., p. 399.

²¹³ M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., p. 191; y M. CURTO POLO, “Artículo 9. Otros derechos anteriores”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (DIR.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª ed., t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 300 y 301.

²¹⁴ SSTS 7 junio 2011 (RJ 2011/4393); y 13 abril 2012 (RJ 2012/5256).

²¹⁵ M. REY-ALVITE VILLAR, “Protección unionista...”, cit., p. 535. En idéntico sentido, I. QUINTANA CARLO y L. A. MARCO

CUP a través de dos vías distintas: la marcaria y la concurrencial²¹⁶. La primera, como es natural, se encuentra en la LM y –sobre la base del art. 9.1.d) LM– se concreta en el otorgamiento de legitimación al titular del nombre comercial unionista para oponerse a un nuevo registro (art. 19.1 LM) o instar la nulidad de un signo distintivo ya registrado en España (art. 52.1 LM)²¹⁷. La segunda vía aparece recogida en la LCD, que permite completar la parcial protección reconocida al nombre comercial unionista en el sistema de marcas. Y es que, al estar el *ius prohibendi* marcario reservado exclusivamente a los titulares de nombres comerciales inscritos, no existe inconveniente en reconocer que quien acredite un uso o conocimiento notorio del signo unionista no registrado pueda suplir esta carencia tuitiva con el ejercicio de las acciones procesales previstas en la normativa represora de la competencia desleal²¹⁸.

Como es natural, este sistema de protección del nombre comercial extranjero está condicionado al cumplimiento de los requisitos expuestos más arriba. No obstante, el nombre comercial unionista que no alcance la dimensión territorial exigida por el art. 9.1.d) LM no quedará exento de protección. Su titular podrá acudir al sistema de competencia desleal, pudiendo accionar frente a otros titulares de signos distintivos no inscritos cuando se constate la presencia de un riesgo efectivo de confusión en el sentido del art. 6 LCD²¹⁹. Ahora bien, la protección establecida en la LCD no se activa de forma automática. Se hace necesario que el nombre comercial unionista goce de un grado mínimo de implantación y consolidación en el mercado²²⁰. Esto es, que un sector del público conozca y reconozca el signo distintivo, pues no podrá existir una confusión sobre el origen empresarial de determinadas actividades cuando los consumidores no identifiquen en el signo un concreto origen empresarial.

V. Conclusiones

70. El art. 8 CUP consagra la protección internacional del nombre comercial. Esta protección se institucionaliza a través de un principio general de carácter autoejecutivo. En virtud de este principio, se impone a los distintos Estados signatarios del CUP la obligación de proteger en sus respectivos territorios los nombres comerciales de aquellas empresas extranjeras que puedan beneficiarse de la tutela conferida por el CUP. Su finalidad estriba en facilitar a las empresas la posibilidad de extender su actividad a los demás países de la Unión, sirviéndose para ello de sus nombres comerciales y sin tener que cumplir con las formalidades previstas en cada una de las legislaciones de los Estados signatarios. Por desgracia, es característica del art. 8 CUP su falta de concreción global. Ni define lo que ha de entenderse por nombre comercial, ni delimita el alcance de la tutela que confiere, ni fija los presupuestos que deben concurrir para que se active la protección.

71. Pese a lo anterior, una lectura sistemática y teleológica del art. 8 CUP permite arrojar luz sobre buena parte de los extremos que aparecen indefinidos en la norma. En primer lugar, el carácter autoejecutivo del art. 8 CUP recomienda sostener que la noción de nombre comercial utilizada a estos efectos no ha de venir dada por la legislación de ningún Estado miembro, ni por la del Estado de origen ni por la de aquel en el que se reclama la tutela. En su lugar, es más conveniente aceptar una noción amplia de nombre comercial, referida a cualquier signo utilizado en el tráfico económico para distinguir la

ARCALÁ, “Artículo 87...”, cit., p. 1262; y M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *Comentario a...*, cit., p. 1108. La jurisprudencia también se manifiesta en esta línea, particularmente, en la STS 13 abril 2012 (RJ 2012/5256).

²¹⁶ SSTS 20 enero 2010 (RJ 2010/159); y 13 abril 2012 (RJ 2012/5256).

²¹⁷ M. REY-ALVITE VILLAR, “Protección unionista...”, cit., p. 535. En este sentido se manifiesta la práctica totalidad de la doctrina. *Vid.*, entre otros, J. GÓMEZ MONTERO, “Artículo 90...”, cit., pp. 753 y 754; I. QUINTANA CARLO y L. A. MARCO ARCALÁ, “Artículo 87...”, cit., p. 1263; M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *Comentario a...*, cit., pp. 1108 y ss.; y M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., pp. 192 y 193.

²¹⁸ Entre otros, M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., p. 193; J. GÓMEZ MONTERO, “Artículo 90...”, cit., p. 753; y M. REY-ALVITE VILLAR, “Protección unionista...”, cit., p. 535.

²¹⁹ En este sentido, M. MONTEAGUDO, “La tutela...”, cit., p. 193; y T. DE LAS HERAS LORENZO, “El nombre...”, cit., p. 78.

²²⁰ M. MONTEAGUDO, “El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho de la Competencia Desleal”, *Actas de Derecho Industrial*, t. 15, 1993, p. 98; J. MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 175; y R. GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 167.

actividad empresarial del sujeto que de él se vale. Y ello con independencia de que el signo en cuestión cumpla o no las concretas exigencias que, en materia de formación del nombre comercial, se prevén en la legislación de un Estado miembro, ya sea el de origen o el de destino. En segundo lugar, el contenido concreto de la tutela exigida por el CUP viene determinado en cada caso por la legislación del Estado en el que se reclama la protección, que goza al respecto de una amplia libertad a la hora de configurarla; aunque, de acuerdo con el principio de trato nacional (art. 2 CUP), no puede ser distinta a la otorgada a los nombres comerciales nacionales. Finalmente, en cuanto a los presupuestos que han de concurrir para disfrutar de la protección concedida por el art. 8 CUP, ha de sostenerse que corresponde a la legislación del Estado en el que se reclama la protección la determinación de las condiciones que debe reunir el nombre comercial unionista para acceder a ella. Ahora bien, la exigencia de uso del nombre comercial unionista en el Estado en el que se solicita la tutela, con la alternativa o no del conocimiento notorio, se presenta como la solución más coherente tanto desde el punto de vista teleológico como sistemático. Además, es la acogida por la gran mayoría de los Estados signatarios del CUP.

72. La vaguedad e imprecisión del mandato unionista ha llevado a la mayoría de los Estados signatarios a prescindir de una regulación sistemática del nombre comercial y de un sistema de adquisición registral. En su lugar, se ha optado por la adopción de normas aisladas que, sobre la base del principio de prioridad en el uso, tratan de satisfacer la obligación de protección instaurada por el art. 8 CUP. Estos Estados han configurado un régimen de protección del nombre comercial basado en los principios de la norma unionista. Fundamentalmente, en el principio de igualdad de trato, equiparando el nombre comercial unionista al nacional y unificando el nacimiento del derecho sobre el signo y el nacimiento de la protección unionista. En la mayoría de los Estados signatarios del CUP es lugar común establecer un sistema de protección del nombre comercial que conjuga la tutela concedida por la normativa sobre competencia desleal con la implantación de cauces de comunicación con el régimen marcario. En rigor, el grueso de la protección del nombre comercial nacional y unionista que cumpla la exigencia de haber sido usado en el mercado corresponde a la regulación represora de la competencia desleal. Sin embargo, cuando el nombre comercial goza de notoriedad en una parte sustancial del territorio del Estado en cuestión, se habilita al titular del signo para oponerse en vía administrativa al registro de una marca posterior y/o para instar la nulidad del signo posteriormente registrado que sea idéntico o confundible con el nombre comercial anterior.

73. La protección del nombre comercial unionista en el Derecho español ha terminado equiparándose, finalmente, a la existente en la mayoría de los Estados signatarios del CUP. Durante un largo período no se exigió el uso del nombre comercial unionista en nuestro territorio y se le concedió una protección más amplia que la prevista para los nombres comerciales nacionales meramente usados. La vigente LM acaba con esta tendencia. En efecto, el art. 9.1.d) LM fija el uso o el conocimiento notorio del nombre comercial en una parte sustancial del territorio nacional como presupuesto de la tutela y equipara la protección del nombre comercial unionista con la de los nombres comerciales nacionales no registrados. Pese a ello, el sistema de protección del nombre comercial previsto en nuestro ordenamiento sigue siendo una excepción, tan pronto se compare con los regímenes vigentes en el resto de países de nuestro entorno.

74. En nuestro sistema marcario, el mandato unionista del art. 8 CUP ha servido de base para articular el régimen del nombre comercial sobre dos ejes centrales: por un lado, la instauración de un sistema registral de adquisición del derecho sobre el nombre comercial; y, por otro, la configuración de un régimen de protección de esta figura prácticamente idéntico al establecido en sede de marcas. Ello ha conducido a la consagración de una dualidad de signos distintivos registrables que no responde a una efectiva distinción funcional y objetiva de las figuras, sino tan sólo a razones históricas y, quizás, recaudatorias. Nos encontramos, por tanto, ante una situación en la que la distinción de las diferentes categorías de signos distintivos susceptibles de registro es prácticamente imposible, lo que genera importantes problemas de carácter práctico y dogmático. Esta es la razón por la que estimamos conveniente abogar por la supresión del carácter registral del nombre comercial y relegar su tutela al régimen represor de

la competencia desleal. Naturalmente, sin eliminar los cauces legales de comunicación con el signo distintivo por excelencia, esto es, la marca, en los casos en que el nombre comercial sea usado o notoriamente conocido en una parte sustancial del territorio nacional. De acometerse estos cambios en nuestro Derecho, el resultado no sería otro que la completa equiparación entre el nombre comercial nacional y el unionista, en la dirección seguida por la mayoría de los Estados signatarios del CUP.

75. Ahora bien, el legislador español contemporáneo no parece compartir esta opinión. El reciente Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición (*sic*) [*rectius*, incorporación] de las directivas UE en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados ha optado por mantener la dualidad de signos distintivos registrables a la que acabamos de hacer referencia, ratificando en pleno siglo XXI el carácter registral del nombre comercial. Con ello, este Real Decreto-Ley, que –al igual que la Directiva (UE) 2015/2436, de la que en parte trae causa– persigue ampliar la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de marcas, ha dejado pasar una magnífica ocasión para aproximar verdaderamente –en lo que al nombre comercial se refiere– el régimen marcario nacional al que rige en la práctica totalidad de los Estados de la Unión Europea.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DRONES: EL NUEVO REGLAMENTO (UE) 2018/1139

DRONES LEGAL FRAMEWORK: THE NEW REGULATION (UE) 2018/1139

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

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

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 21.01.2019 / Aceptado: 04.02.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4618>

Resumen: Los drones son una realidad en los cielos de muchos países. Existen muchas diferencias entre los distintos tipos de drones, no sólo en cuanto a si dicha aeronave es autónoma o pilotada por control remoto; sino en cuanto a otros aspectos como su tamaño, o el uso que se le vaya a dar al dron, que bien puede destinarse a operaciones especializadas (trabajos técnicos, científicos o aéreos), a uso recreativo, o en el futuro, incluso al transporte.

La regulación existente de los Estados miembros en materia de drones se circunscribía al ámbito nacional y en relación con determinados tipos de drones. En España, al igual que en los países de nuestro entorno se había desarrollado una regulación limitada a algunos tipos de drones, concretamente los que tienen una masa máxima en el despegue inferior a 150 kg. También la FAA (*Federal Aviation Administration*) en Estados Unidos desarrolló su propia normativa sobre drones, que posteriormente ha ido modificando.

Sin embargo, dada la fragmentación legal en esta materia, se desarrolló por parte de la Unión Europea, concretamente por la Agencia Europea de Seguridad Aérea o EASA (*European Aviation Safety Agency*), un marco regulatorio para el desarrollo de un mercado único europeo y favorecer así las operaciones transfronterizas de drones.

Finalmente, el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139 ha venido a establecer una regulación europea que es de aplicación a todos los drones, de manera que las legislaciones internas de los Estados miembros quedarían desplazadas por instrumento internacional. Por tanto, su objetivo es abarcar las aeronaves no tripuladas, puesto que las aeronaves no tripuladas también operan dentro del espacio aéreo junto con las aeronaves tripuladas. Como las tecnologías de las aeronaves no tripuladas actualmente hacen posible una amplia gama de operaciones, éstas deben ser objeto de normas que sean proporcionales al riesgo de la operación o del tipo de operación en concreto, porque su regulación no se puede hacer depender únicamente del peso de la aeronave.

Palabras clave: aeronaves, drones, aeronaves no tripuladas, aeronaves pilotadas por control remoto, aeronaves autónomas, RPAS, UAS, UAV, regulación, transporte aéreo, espacio aéreo, aviación civil, FAA, EASA, incidentes, accidentes.

Abstract: Drones are a reality in the skies of many countries. There are many differences between the different types of drones, not only as to whether the aircraft is autonomous or piloted by remote control; but in other aspects such as its size, or the use to be given to the drone, which may well be used for specialized operations (technical, scientific or aerial), for recreational use, or in the future, for transportation.

The existing regulation of the Member States on drone matters was confined to the national level and in relation to certain types of drones. In Spain, as others Member States, a regulation limited to

some types of drones had been developed, which have a maximum take-off mass below than 150 kg. Also the FAA (Federal Aviation Administration) in the United States developed its own regulation on drones, which has subsequently been modified.

However, given the legal fragmentation in this area, it was developed by the European Union, specifically by the European Aviation Safety Agency or EASA (European Aviation Safety Agency), a regulatory framework for the development of a European single market and promote thus cross-border drone operations.

Finally, the new Regulation (EU) 2018/1139 has come to establish a European regulation that is applicable to all drones, so that the internal legislations of the Member States would be displaced by that international instrument. Therefore, its objective is to cover unmanned aircraft, since unmanned aircraft also operate within the airspace together with manned aircraft. As the technologies of unmanned aircraft currently make possible a wide range of operations, they must be subject to standards that are proportional to the risk of the operation or the type of operation in particular, because its regulation can not be made to depend solely on the weight of the aircraft.

Keywords: aircrafts, drones, unmanned aircrafts, remotely piloted aircrafts, autonomous aircrafts, RPAS, UAS, UAV, regulation, air transport, airspace, civil aviation, FAA, EASA, incidents, accidents.

Sumario: I. Introducción. II. Regulación de la ICAO. III. Regulación española sobre drones: el Real Decreto 1036/2017. 1 Objeto. 2. Aspectos relativos a la matriculación y de la aeronavegabilidad. 3. Características de las operaciones de vuelo. A) Categorías. B) Licencia de los pilotos. C) Límites operacionales. D) Seguros. IV. Regulación propuesta por la EASA. 1. Categorías. A) Categoría abierta. B) Categoría específica. C) Categoría certificada. 2. Evaluación de la seguridad. 3. El *U-Space*. 4. La marca CE (*CE-marking*). V. El Reglamento (UE) 2018/1139. 1. Ámbito de aplicación. A) Comparativa con el Reglamento (CE) 216/2008 y el Real Decreto 1036/2017. B) Ámbito positivo de aplicación. C) Decisión de ampliación del ámbito de aplicación por parte de los Estados miembros. D) Decisión de exención por parte de los Estados miembros. 2. Normativa específica de los drones. A) Conformidad de los drones. B) Actos de ejecución y competencias delegadas. C) El registro. 3. Disposición transitoria. VI. Nueva regulación de la FAA. VII. Conclusiones: próximos pasos.

I. Introducción

1. Los drones son una realidad en los cielos de multitud de ciudades y países, aunque en menos cantidades de las que podría haberse esperado, si se tiene en cuenta que empezaron a utilizarse en los años 90 básicamente para fines militares¹. De hecho, la palabra “dron” tiene su origen en la aviación militar, aunque también se utiliza en el ámbito civil².

La utilización de drones civiles ha crecido de forma exponencial, tanto en cantidad, tamaño y peso, como en la disparidad de usos, cuyo número sigue aumentando. Los drones son utilizados en áreas tan diversas como las siguientes: labores de precisión agrícola, control e inspección de infraestructuras (electricidad, oleoductos y gaseoductos, instalaciones industriales), control de los recursos naturales, compromiso con el medio ambiente, investigación atmosférica, información y medios de comunicación, fotos deportivas, filmación, investigación y protección de la fauna, catástrofes del relieve, seguridad civil (búsqueda y rescate, contaminación, actividades policiales, control de multitudes, etc.) y actividades de ocio³. El tamaño, la configuración y la complejidad de los drones es extremadamente variado, aspectos

¹ J. KLEINSCHMIDT, “Drones y el orden legal internacional”, *Colombia Internacional*, mayo-agosto 2015, pp. 23-26. Aunque en Japón, también se han venido utilizando los drones para fines agrícolas desde finales de los años 90 (“Unmanned Aerial Vehicles - The Economic Case for Drones”, editor MarketLine, a Progressive Digital Media business, London, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland, 6 de enero de 2014, p. 2).

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

³ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 8, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

que van a depender de los diferentes tipos de operaciones que se pretendan realizar con ellos, así como de los usuarios. Lo cual quiere decir que los drones no van a estar diseñados y fabricados sólo por las compañías que habitualmente construyen las aeronaves, como por ejemplo Airbus o Boeing, sino que otras empresas también van a fabricar estos aparatos, que bien pueden ser pequeñas o medianas empresas.

Según un estudio realizado en el año 2015, sobre la previsión del mercado global de drones entre los años 2015 y 2020, que se centra en el mercado de drones de menos de 25 kg, se observa cómo los drones destinados al entretenimiento y a los medios de comunicación suponen una mayor cuota de mercado, con una tasa de crecimiento anual del 26% (1,3 billones de dólares)⁴. En segundo lugar, en dicho estudio se encontrarían los drones destinados al control e inspección en general (infraestructuras, etc...), seguidos en tercer lugar, de los drones que realizan labores de precisión agrícola.

En este estudio, el mercado de drones se ha dividido en ocho categorías: seguridad civil, tareas de precisión agrícola, entretenimiento y medios de comunicación, paquetería, control e inspección, topografía y cartografía, ocio y educación. Del cual se puede deducir que los drones destinados a actividades de ocio (hobby, “do-it-yourself”) también ocupan una importante cuota de mercado, situándose en el cuarto lugar.

Por otro lado, en relación al peso de los drones, en un cuestionario que realizó la Agencia Europea de Seguridad Aérea o EASA (*European Aviation Safety Agency*) a los operadores de drones, se puso de manifiesto que, dentro del segmento de los drones de menos de 25 kg, más del 90% tienen un peso entre 0 y 4 kg⁵. De los cuatro tipos de drones objeto del cuestionario, con alas giratorias, con alas fijas, híbridos y nanos-drones, se espera que haya una demanda mayor de unidades para el año 2020 de los drones de alas giratorias; en segundo lugar, de aquellos drones que tienen alas fijas; y, en tercer lugar, de los conocidos como nanos-drones⁶. Estos últimos son del tamaño de la palma de la mano, con un peso de menos de 30 g., pero que tienen más capacidades que muchos drones que son más grandes: utilizan sistemas de navegación avanzados, tecnologías de auto-pilotaje, enlaces de datos digitales, así como multi-sensores de carga explosiva⁷. El radio de acción de los nanos-drones es de 1,5 km y vuelan fácilmente cuando el viento es fuerte. Futuros desarrollos permitirán drones más pequeños incluso, con más capacidades y con mayor autonomía.

2. Los aficionados de la aviación han hecho volar modelos reducidos de aviones teledirigidos, desde hace décadas. Sin embargo, desde el año 2000, la utilización de drones, y en concreto, los de reducido tamaño, han experimentado un rápido crecimiento, los cuales han sido diseñados tanto para fines recreativos como de ocio, volviéndose en consecuencia cada vez más populares⁸.

Este incremento está generando en la actualidad problemas reales y cada vez mayores, puesto que aunque las diferentes regulaciones nacionales limitan la altura del vuelo de los drones a los 150 m

⁴ Vid. Graph 1 - Global UAS market size, by application, 2015-2020 (in USD million). Source: market research report “UAV Drones Market by Type (Fixed wing, Rotary Blade, Nano, Hybrid), Application (Law Enforcement, Precision Agriculture, Media and Entertainment, Retail) & Geography (Americas, Europe, APAC, Row) – Analysis & Forecast to 2020” MarketsandMarkets, 2015 (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*)” (NPA 2017-05 (B)), p. 8, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)).

⁵ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), pp. 9-10, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

⁶ Vid. Table 2 - Global UAS market size, by type, 2014-2020 (units). Source: market research report “UAV Drones Market by Type (Fixed wing, Rotary Blade, Nano, Hybrid), Application (Law Enforcement, Precision Agriculture, Media and Entertainment, Retail) & Geography (Americas, Europe, APAC, Row) – Analysis & Forecast to 2020” MarketsandMarkets, 2015 (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*)” (NPA 2017-05 (B)), p. 10, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)).

⁷ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 9, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)

⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

(500 pies), éstos invaden el espacio aéreo no controlado⁹. A pesar de que las aeronaves comerciales operan en espacio aéreo controlado, en el espacio aéreo no controlado tiene lugar el despegue y aterrizaje de los mismos, así como el aterrizaje de helicópteros en la azotea de hospitales y edificios, lo cual puede provocar colisiones de los drones con cualquier aparato de la aviación en general¹⁰.

En este sentido, se debe mencionar por ejemplo, la colisión entre un dron y un Airbus A320 de la compañía British Airways en el aeropuerto de Heathrow en abril de 2016¹¹. Los incidentes con drones de aficionados se han venido produciendo porque quienes los operan no conocen las regulaciones nacionales existentes, que prohíben el vuelo de los mismos en zonas próximas a aeropuertos o aeródromos, como es el caso de la legislación española, por ejemplo, que establece que la distancia a la que pueden volar con respecto a un aeropuerto debe ser de al menos de 8 km.

No obstante, como actualmente existe un mayor conocimiento de los aficionados sobre cómo pueden operar sus drones, se ha ido reduciendo el uso de los mismos al menos cerca de aeropuertos o aeródromos¹². Pero, además, las autoridades públicas de los distintos Estados intervienen detectando e inhibiendo drones cerca de aeropuertos o de infraestructuras críticas, con el objeto de garantizar la seguridad del tráfico aéreo.

Con el objetivo de delimitar las responsabilidades en caso de incidente o accidente con los drones, una de las propuestas es la del registro o matriculación de los mismos. Las distintas legislaciones nacionales europeas ya obligan a la inscripción de los drones, pero únicamente de aquellos que superen los 25 kg, cuando son las aeronaves inferiores a estos pesos las que suelen autorizarse a operar de noche o sobre aglomeraciones de personas¹³. Sin embargo, existen especialistas en la materia que se inclinan por copiar la regulación estadounidense, pues la FAA (*Federal Aviation Administration*) ha introducido la obligatoriedad de la inscripción de los drones cuyo peso esté entre los 250 g y los 25 kg¹⁴. Aunque la FAA afirma que esta es sólo una herramienta más entre otras muchas para lograr la integración de los drones con el resto del tráfico aéreo en condiciones de seguridad.

3. El mayor problema se plantea porque era una tecnología que se desarrolló en un primer momento para uso militar, como ya se ha adelantado, pero que se aplica actualmente con fines comerciales, lo cual implica un desplazamiento de los límites legislativos¹⁵.

Los drones utilizados en el ámbito profesional ofrecen importantes beneficios para los diferentes usos civiles, cuyo valor añadido se incrementa con la distancia entre el aparato y el piloto que lo controla (vuelos fuera del alcance visual). Entre estos usos, muy diversos y con potencial para un desarrollo en los próximos años se encuentran las inspecciones de seguridad y el control de infraestructuras (vías fe-

⁹ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), pp. 40-41, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹⁰ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 40, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹¹ G. WILD/ J. MURRAY/ G. BAXTER, “Exploring Civil Drone Accidents and Incidents to Help Prevent Potential Air Disasters”, *Aerospace*, julio 2016, p. 22.

¹² “La Guardia Civil detecta decenas de drones volando sin autorización y pistas clandestinas”, *El mundo*, 30 agosto 2018, disponible en línea en <http://www.elmundo.es/madrid/2018/08/30/5b87d09e268e3e007b8b45be.html> (consultado el 2 de septiembre de 2018).

¹³ *Vid.* Appendix V- “Overview of EASA Mss UAS regulatory framework” (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), pp. 126-127, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)). En este apéndice se recoge un cuadro que destaca los aspectos más importantes de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de drones, que serán estudiados posteriormente.

¹⁴ B. STEVENSON, “A320 Collision heightens UAV safety concerns”, *FlightGlobal*, 21 abril 2016, disponible en línea en <https://www.flightglobal.com/news/articles/a320-collision-heightens-uav-safety-concerns-424419/> (consultado el 18 de abril de 2018).

¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

rroviarias, presas y centrales eléctricas), la evaluación de catástrofes naturales, las labores agrícolas de precisión (agricultura sostenible) y la producción mediática, la termografía aérea o incluso la entrega de paquetes en zonas aisladas¹⁶. Se prevé además el desarrollo rápido de nuevas aplicaciones en un futuro próximo, lo cual refleja la naturaleza innovadora y dinámica de la industria de los drones.

Por lo que respecta a los profesionales, estos suelen conocer muy bien la normativa específica de uso de drones, pero desconocen el uso de drones en situaciones de emergencia, como es el caso de los incendios, o la normativa existente en materia de medio ambiente, pudiendo provocar incidentes o accidentes por un mal uso de los drones¹⁷. También, se plantean problemas con las grandes concentraciones humanas, como las que se producen por la gente para ver la Vuelta Ciclista a España, en cuyo caso las autoridades españolas publican áreas restrictivas temporales para evitar que la gente opere con los drones en determinados días a unas horas concretas.

4. El Convenio de la ICAO (*International Civil Aircraft Organization*), norma que constituye el fundamento jurídico internacional de la navegación aérea, señaló en su art. 8, que ninguna aeronave capaz de volar sin piloto lo podrá hacer sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que cuente con una autorización especial de dicho Estado, y que corresponde a los Estados velar porque el sobrevuelo de estas aeronaves sin piloto en las regiones abiertas al tráfico de aeronaves civiles se regule con el objetivo de evitar todo el peligro¹⁸. Así que cada Estado contratante es el que deberá señalar la legislación aplicable a las aeronaves que vuelan sin que sea tripulada por ningún piloto.

5. En este sentido, las regulaciones existentes de ámbito nacional, como la española, permiten los usos civiles de los drones bajo ciertos límites, entre los que merece la pena destacar: tienen que ser de pequeño tamaño, menos de 150 kg; que vuelen por debajo de los 500 pies, es decir 150 m; dentro del alcance visual del piloto; que vuelen de día; que operen dentro de determinadas zonas geográficas alejadas de grupos de población o de zonas de exclusión aérea como son los aeropuertos, las centrales eléctricas, las centrales nucleares, las plantas químicas y otras infraestructuras críticas¹⁹. Aunque las regulaciones nacionales también ofrecen la posibilidad de realizar sobrevuelos fuera del alcance visual del piloto, de noche o sobre grupos de población, cuando se trate de aeronaves más pequeñas y/o bajo determinados escenarios.

Se debe tener en cuenta que a 2015 existían o se estaban desarrollando normativas en materia de aeronaves tripuladas por control remoto en Alemania, Austria, Croacia, Dinamarca, España, Francia, Italia, Irlanda, Polonia, el Reino Unido y la República Checa; que existían escuelas de vuelo autorizadas en Dinamarca, el Reino Unido y los Países Bajos; y que en estos últimos dos países ya había más de 500 pilotos con licencia para pilotarlas²⁰.

6. El nuevo Reglamento (UE) 2018/1139 viene a modificar la regulación de drones que, a diferencia de la normativa europea existente, el Reglamento (CE) 216/2008, se solapa con las regulaciones nacionales.

¹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

¹⁷ “La Guardia Civil detecta decenas de drones volando sin autorización y pistas clandestinas”, *El mundo*, 30 agosto 2018, disponible en línea en <http://www.elmundo.es/madrid/2018/08/30/5b87d09e268e3e007b8b45be.html> (consultado el 2 de septiembre de 2018).

¹⁸ Precepto disponible en línea en http://www.icao.int/publications/Documents/7300_orig.pdf (consultado 27 de abril de 2018). *Vid.* Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

Efectivamente, el 22 de agosto de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea²¹. Mediante el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139 se deroga entre otras normas, el Reglamento (CE) 216/2008, teniendo efectos esta nueva normativa desde el 11 de septiembre de 2018, aunque una compleja disposición transitoria recogida en el art. 140 implicará una eficacia escalonada, en distintas fechas.

En este sentido, el ámbito de aplicación material del Reglamento anterior, el Reglamento (CE) 216/2008, son los drones cuya masa máxima en el despegue sea superior a los 150 kg. Por esta razón, en la Comunicación de la Comisión del 2014, Europa ya manifestó su interés por las aplicaciones comerciales de los drones de menos de 150 kg de peso²². En la misma se señalaba que la disponibilidad de drones menos costosos, más flexibles y menos invasivos, estaba siendo asumida sólo parcialmente por el papel de las aeronaves tripuladas, y más concretamente de los helicópteros. Pero la mayor utilidad de los drones venía dada por los nuevos usos que podían proporcionar los aparatos de pequeño tamaño, que no eran objeto en ese momento de la regulación europea. Lo cual generaría nuevas aplicaciones, que incidirían en el empleo directo e indirecto, lo cual repercutiría en la economía general, por ejemplo, aumentando la productividad²³. De ahí, la necesidad de desarrollar una nueva normativa europea como el Reglamento (UE) 2018/1139, que a diferencia de su antecesor es de aplicación a los drones de todos los tamaños y pesos.

En dicha Comunicación de la Comisión del 2014, se establecía que la evolución e integración de los drones civiles en el espacio aéreo común debería realizarse en un plazo de quince años, es decir para el 2028, si se tiene en cuenta que la hoja de ruta europea se realizó en el año 2013²⁴. En dicha hoja de ruta, se señalaban tres pilares específicos: (1) Investigación y desarrollo; (2) Normativa en materia de seguridad operacional, armonización de las normas técnicas y medidas adicionales, tales como la privacidad y la protección de datos; (3) seguros y responsabilidad²⁵.

En este sentido, la seguridad operacional era una prioridad de la política europea de aviación, de manera que la normativa existente hasta el momento obstaculizaba el mercado europeo, ya que las autorizaciones nacionales no gozaban de reconocimiento mutuo por parte de los Estados miembros y, por consiguiente, de toda Europa. El objetivo era que el nuevo marco reglamentario tuviera en cuenta la amplia variedad de aeronaves y se centrara en las tecnologías maduras, para después ir introduciendo normas más detalladas, lo que permitiera en un futuro llevar a cabo operaciones con drones más complejas²⁶.

²¹ Reglamento (UE) núm. 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, DO núm. L 212, 22 agosto 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2111/2005, (CE) núm. 1008/2008, (UE) núm. 996/2010, (CE) núm. 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) núm. 552/2004 y (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo.

²² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

²³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

²⁴ La previsión de la Comisión no parecía que fuera a cumplirse en los próximos 11 años, dado que ni la tecnología, ni el espacio aéreo están preparados para la integración de los drones en el espacio aéreo con el resto de usuarios. Sin embargo, con la entrada en vigor el 11 de septiembre de 2018, del Reglamento 2018/1139, la posibilidad de que los drones compartan el espacio aéreo con el resto de aeronaves, parece algo más próxima. Aunque este Reglamento señala que las disposiciones pertinentes del Reglamento 216/2008 seguirán siendo de aplicación hasta que entren en vigor los actos delegados a que se refiere el artículo 58 y los actos de ejecución a que se refiere el artículo 57 del Reglamento 2018/1139, según la disposición transitoria del art. 140.2 de dicho Reglamento.

²⁵ “Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System”, *Informe final del Grupo Director del RPAS europeo*, junio 2013 (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92).

²⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

Efectivamente la nueva normativa europea, el Reglamento 2018/1139, es de aplicación a una gran variedad de aeronaves, pero es una regulación muy básica que deberá ser desarrollada reglamentariamente, como consecuencia de que determinadas tecnologías, las más complejas, todavía no han sido desarrolladas²⁷.

7. Por lo tanto, se va a analizar en primer lugar, la regulación existente en materia de drones que empezó desarrollando la ICAO, para después explicar la regulación española actual. A continuación, se estudiará la Propuesta de la Agencia Europea de Seguridad Aérea o EASA (*European Aviation Safety Agency*) con el objetivo de modificar la regulación existente sobre drones antes del desarrollo de la nueva regulación de la materia, el Reglamento 2018/1139. La Propuesta de la EASA tiene como objetivo que las normas en vigor en Europa no adopten el enfoque centrado en la aeronave, que es el que se usa en el caso de la aviación tripulada, de manera que el riesgo no dependa del tipo de aparato y sus características (peso, velocidad, etc.), sino también de otros factores como la zona de vuelo, la altitud, la experiencia del operador y el tipo específico de operación, así como la capacidad del operador para gestionar situaciones imprevistas²⁸.

Se podrá comprobar que dicha Propuesta de la EASA tiene en cuenta que existen dos categorías de uso de los drones, los de uso profesional y los de uso recreativo, que como tienen diferente naturaleza, estarán sujetas a distintos requisitos, aunque esta división también la recogen las diferentes legislaciones nacionales²⁹. Pero además, dicha Propuesta de regulación pretende ser de aplicación a los drones de pequeño tamaño, que hasta ese momento eran objeto de normativas nacionales, puesto que como ya se ha adelantado, el mayor desarrollo va a estar en los drones de menos de 25 kg, e incluso en los de un peso inferior a 4 kg³⁰.

El sentido de la Propuesta de la EASA es que el hecho de que exista una normativa europea que refleje los distintos tamaños de los drones, así como las distintas actividades a desarrollar, permitirá establecer mejor la responsabilidad civil hacia terceros, así como los posibles seguros³¹. Un aspecto fundamental para garantizar la correcta aplicación de las normas de responsabilidad civil, que se utiliza en la aviación tripulada y que deberá incluirse en la normativa europea, es la obligatoriedad de la identificación del dron, con independencia de su tamaño³².

Por lo tanto, las futuras normas europeas y mundiales en materia de drones deberán abarcar cuestiones relacionadas con: la aeronavegabilidad, las especificaciones de certificación, el uso recreativo y comercial, la identificación del dron, del propietario o del operador, la aprobación de las organizaciones de formación de los pilotos, la formación y la concesión de la licencia de los pilotos, las operaciones, la responsabilidad y el seguro, la protección de datos y la intimidad, “el geoperimetrage”, la tecnología que permita detectar y evitar a otros (“*detect-and-avoid*”) o las zonas de exclusión aérea³³.

²⁷ El sector aeronáutico en sí mismo – y por tanto su regulación- ya era complejo cuando únicamente navegaban por el espacio aéreo las aeronaves tripuladas, así que la incursión en el mismo de las aeronaves tripuladas por control remoto sólo ha venido a incrementar su grado de complejidad, y previsiblemente será mayor cuando se introduzca la posibilidad de que estas últimas puedan transportar personas o cosas, o incluso que estas aeronaves no tripuladas sean completamente autónomas.

²⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

³⁰ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), pp. 9-10, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

³¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

³² Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

Y todo en aras de la creación de un mercado europeo de drones, que actualmente está fragmentado por las legislaciones nacionales³⁴.

Sin embargo, para la consecución de estos objetivos también es necesaria una regulación del espacio aéreo, que será explicada brevemente, para que puedan circular sin colisionar tanto las aeronaves tripuladas como las no tripuladas, tal y como se incluye en la Propuesta de la EASA³⁵.

A continuación, se estudiará el Reglamento 2018/1139, de manera que se podrá comprobar qué aspectos de las Propuestas de la EASA se han incorporado en el mismo, y cuáles se espera que sean introducidos en posteriores normas de desarrollo de la nueva regulación, puesto que la aplicación del Reglamento va a ser escalonada teniendo en cuenta las indicaciones de expertos como la EASA.

8. Por otro lado, se explicará brevemente cuáles son las novedades introducidas en Estados Unidos por la FAA (*Federal Aviation Administration*) en lo que a regulación de los drones se refiere, recogido en la norma denominada *Part 107*³⁶.

II. Regulación de la ICAO

9. Hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento (UE) 2018/1139, la regulación existente en materia de drones se limitaba a ciertos tipos de drones, en concreto se centraba en las aeronaves que eran controladas por pilotos remotos. Bajo el concepto genérico de drones se incluyen las aeronaves pilotadas por controles remotos o RPAS (*Remotely Piloted Aircraft System*), los sistemas de aviones no tripulados o UAS (*Unmanned Aircraft System*) y los vehículos aéreos no tripulados o UAV (*Unmanned Aerial Vehicle*). Por lo tanto, con el término dron se hace referencia a todo tipo de avión no tripulado³⁷.

Sin embargo, normalmente el término RPAS es utilizado cuando se trata de drones más grandes que no son utilizados para actividades de recreo. Este concepto puede parecer engañoso porque aparece la figura del piloto³⁸. De hecho, el papel del piloto de un dron necesita ser bien definido, ya que dicho piloto, dependiendo del dron y del tipo de operación que se lleve a cabo con el mismo, puede ser o no el responsable de los daños producidos en caso de que el dron provoque un incidente o accidente.

Puesto que es en Estados Unidos donde han surgido las primeras regulaciones sobre drones, según los términos de la FAA (*Federal Aviation Administration*), el RPAS es considerado un tipo de dron dentro de un concepto más amplio que comprende los términos alternativos UAS o UAV³⁹. Los vehículos aéreos no tripulados o UAVs han sido interpretados por la comunidad internacional como aquellas aeronaves que vuelan sin un piloto a bordo, y que se subdividen en dos⁴⁰:

³⁴ En el año 2015, Estados Unidos representaba el principal mercado para la utilización de los RPAS, pero su uso está centrado en las operaciones militares. Europa lideraba el sector civil, con 2.500 operadores (400 en el Reino Unido, 300 en Alemania, 1.500 en Francia, 250 en Suecia, etc.) frente a 2.342 operadores en el resto del mundo, y que debe hacer todo lo posible por fomentar su firme postura competitiva. Por su parte, Japón cuenta con un gran número de operadores de RPAS y con dos décadas de experiencia, especialmente en la utilización de estos sistemas en trabajos agrícolas de precisión, como la fumigación de los cultivos; de hecho, este país fue el primero en autorizar, a mediados de los años noventa, la utilización de esta tecnología en las actividades agrícolas, lo que hizo que el número de operadores se multiplicase en pocos años (Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70).

³⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

³⁶ A. VACCA / H. ONISHI, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 56.

³⁷ M. FINGER/ N. BERT/ D. KUPFER (editores), "Regulating Drones –Creating European Regulation that is smart and proportionate", *Florence School of Regulation – Transport (European University Institute)*, nº 3, 2015, p. 5.

³⁸ M. FINGER/ N. BERT/ D. KUPFER (editores), "Regulating Drones –Creating European Regulation that is smart and proportionate", *Florence School of Regulation – Transport (European University Institute)*, nº 3, 2015, p. 5.

³⁹ M. FINGER/ N. BERT/ D. KUPFER (editores), "Regulating Drones –Creating European Regulation that is smart and proportionate", *Florence School of Regulation – Transport (European University Institute)*, nº 3, 2015, p. 5.

⁴⁰ Esto se recoge en el Preámbulo de la normativa española que regula los drones que entró en vigor el 30 de diciembre de

- (a) Las aeronaves controladas plenamente por el piloto remoto, denominadas aeronaves pilotadas por control remoto (RPA, *Remotely Pilot Aircraft*)⁴¹,
- (b) Las aeronaves programadas, que son completamente autónomas, denominadas aeronaves autónomas según la terminología de la ICAO (*International Civil Aircraft Organization*)⁴².

10. Una vez que se han señalado las diferentes denominaciones que pueden recibir los drones, es evidente que éstos son considerados aeronaves, por lo que están sometidos a las normas existentes en materia de navegación aérea establecidas por la ICAO, tales como las relativas a la matriculación y la aeronavegabilidad⁴³. Como ya se ha adelantado anteriormente, el art. 8 del Convenio de la ICAO establece la prohibición a todas las aeronaves no tripuladas de sobrevolar el territorio de otro Estado sin el consentimiento de dicho Estado, y que son los Estados los responsables de que el sobrevuelo de las mismas en las regiones abiertas a la aviación civil se haga en condiciones de seguridad para no poner en peligro a la aviación civil⁴⁴. Así pues, se han tenido que modificar los anexos 2, 7 y 13 del Convenio de Chicago para que los drones puedan ser utilizados en la aviación civil internacional⁴⁵.

La eliminación del piloto como persona que tripula la aeronave tiene importantes implicaciones técnicas, señaladas en la Declaración de Riga de 2015⁴⁶. De manera que un marco regulatorio debía ser desarrollado tan pronto como fuese posible. En este sentido, la ICAO publicó en el año 2015 un manual con los Estándares y Prácticas Recomendadas o SARPS (*Standards and Recommended Practices*),

2017 (*vid.*, Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

⁴¹ Se debe resaltar la diferencia entre RPA y RPAS, mientras que por RPA se entiende la aeronave pilotada por control remoto en sí misma, sin embargo RPAS comprende el sistema de aeronave pilotada por control remoto que incluye el conjunto de elementos configurables integrado por una aeronave por control remoto, su estación o estaciones de pilotaje remoto conexas, los enlaces de mando necesarios y control y cualquier otro elemento de sistema que pueda requerirse en cualquier momento durante la operación de vuelo (art. 5 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017). Aunque estas definiciones son las recogidas por el Real Decreto que regula en España los drones, la idea de que por RPA se entiende la aeronave en sí misma y por RPAS, la aeronave y todos los sistemas integrados para llevar a cabo la operación de vuelo, se recoge tanto en las legislaciones internas de otros Estados como en diversos textos de la Unión Europea relativos a los drones o incluso en la regulación de la FAA (*Federal Aviation Administration*).

⁴² En castellano es conocida como OACI, Organización de Aviación Civil Internacional, pero se utilizarán las siglas en inglés, ICAO, para que haya uniformidad en el presente trabajo, pues todas las siglas que se mencionan se refieren a los términos en inglés, no en castellano. Este organismo fue creado en el Convenio de Chicago, el 7 de diciembre de 1944, con el objetivo de regular la aviación civil internacional, y por eso, a este Convenio también se le conoce como Convenio de la OACI. El principio fundamental de dicho Convenio es el reconocimiento de que todo Estado tiene soberanía exclusiva en el espacio aéreo sobre su territorio, de manera que ningún servicio aéreo internacional no programado, puede operar sobre o dentro de un territorio de un Estado contratante sin su consentimiento previo. Actualmente, los Estados contratantes son 192, entre los que está España, los países de la Unión Europea y los Estados del continente americano, como Canadá y Estados Unidos. Aunque las funciones de la ICAO son muchas, entre sus objetivos fundamentales está mejorar la seguridad a nivel mundial, fomentar el desarrollo de un sistema de aviación civil económicamente viable y reducir los perjuicios medioambientales de las actividades de aviación.

⁴³ Sobre las condiciones que una aeronave debe cumplir para poder volar *vid.*, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa Internacional de Grandes Aeronaves Civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 31-136.

⁴⁴ Precepto disponible en línea en http://www.icao.int/publications/Documents/7300_orig.pdf (consultado 27 de abril de 2018). *Vid.* Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁴⁵ A. VACCA/ H. ONISHI, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 52.

⁴⁶ La Declaración de Riga en materia de drones bajo el título "*Framing the future of aviation*", que se produjo el 6 de marzo de 2015 está disponible en línea en <https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/doc/2015-03-06-drones/2015-03-06-riga-declaration-drones.pdf>, (consultado el 27 de abril de 2018). *Vid.*, A. VACCA/ H. ONISHI, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 53.

con el apoyo de Procedimientos para los Servicios de Navegación Aérea o PANS (*Procedures for Air Navigation Services*) y guía de materiales; con el objetivo de que las operaciones realizadas por RPAS alrededor del mundo se realicen en condiciones de seguridad, armonizadas y de manera similar a las de las operaciones tripuladas⁴⁷.

Un punto clave de este marco regulatorio propuesto es la diferencia entre la persona que hace volar el dron desde el suelo (el piloto remoto) y el operador, que es el responsable de todas las operaciones en relación con el dron, tales como el mantenimiento, la cualificación del piloto remoto, las autorizaciones y procedimientos, seguros, responsabilidad y protección de la privacidad⁴⁸.

La ICAO señaló que para el año 2018 se establecerían nuevos estándares de seguridad, tales como las licencias y las cualificaciones de los pilotos que serán obligatorios y que tendrán que incorporar en sus legislaciones internas los 192 Estados parte de la ICAO⁴⁹.

11. En orden a integrar de forma segura la operación de los drones con la aviación convencional, cubriendo la totalidad del sector, incluyendo autoridades nacionales e internacionales, fabricantes, operadores, pilotos e inspectores, la ICAO presentó un calendario a corto y largo plazo, con diferentes etapas, para conseguir el desarrollo normativo y la implementación de las medidas necesarias⁵⁰. Estas etapas previstas por la ICAO para el desarrollo de las aeronaves tripuladas por control remoto -se excluyeron las aeronaves autónomas y las de aeromodelismo- eran tres:

- 1º) Para el año 2018, se busca que los drones vuelen en espacios no segregados.
- 2º) Para el año 2023, debe existir una regulación que establezca un procedimiento general claro y preestablecido para velar por la seguridad, la eficiencia y las contingencias que pudieran surgir, en cualquier caso, particularmente en caso de pérdida de señal entre la estación de tierra y la aeronave.
- 3º) Para el año 2028, el reto es que desde el aeródromo y en el espacio aéreo se puedan operar ambas aeronaves bajo los mismo estándares⁵¹.

Se puede afirmar que los retos de la primera etapa no se han cumplido, porque los drones no pueden volar en espacio aéreo no segregado, pues la tecnología respecto de la que se ha avanzado mucho en estos últimos años, de momento no permite que puedan estar en el mismo espacio en el que operan el resto de aeronaves, aunque puede que no tarde mucho en que se haga realidad.

En cuanto a la segunda etapa, la EASA (*European Aviation Safety Agency*) o la Agencia Europea para la Seguridad Aérea –que es la nueva denominación- y la FAA (*Federal Aviation Administration*) cada una por separado, están desarrollando el marco regulatorio apropiado para conseguir los objetivos de la segunda etapa.

Respecto de la tercera etapa, quizás porque es la más lejana en el tiempo, el año 2028, parece que es uno de los retos más difíciles de lograr, que no es otro que la posibilidad de que las aeronaves tripuladas y no tripuladas operen bajo los mismos estándares de seguridad; aunque la nueva regulación de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2018/1139, ya ha sentado las bases para que en un futuro este reto pueda ser factible.

⁴⁷ El manual sobre RPAS del año 2015 de la ICAO está disponible en línea en <https://www.uvsr.org/Documentatie%20UVS/Reglementari%20internationale/ICAO/Manual-on-RPAS-ICAO-2015.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018). *Vid.* A. VACCA/ H. ONISHI, “Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required”, *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 54.

⁴⁸ A. VACCA/ H. ONISHI, “Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required”, *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 54.

⁴⁹ A. VACCA/ H. ONISHI, “Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required”, *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 54.

⁵⁰ M.-C. PÉREZ PINZÓN, “La regulación de aeronaves remotamente tripuladas con fines comerciales y civiles”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho)*, núm. 16, diciembre 2016, p. 15.

⁵¹ M.-C. PÉREZ PINZÓN, “La regulación de aeronaves remotamente tripuladas con fines comerciales y civiles”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho)*, núm. 16, diciembre 2016, p. 15.

III. Regulación española sobre drones: el Real Decreto 1036/2017

12. Dado que los avances científicos y técnicos han dado lugar a la proliferación de las aeronaves no tripuladas como usuarios del espacio aéreo, también debido a su reducción de coste, ha propiciado la regulación de los mismos por parte de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, a nivel internacional, dado el actual estado del sector pues no existen las infraestructuras necesarias para la navegación de las aeronaves autónomas en condiciones de seguridad, sólo las aeronaves no tripuladas pilotadas por control remoto o RPA pueden integrarse junto al resto de tráficos aéreos. Por lo que la reglamentación que se ha elaborado es la relativa a dichas aeronaves.

Así en España, el art. 11 de la Ley española de Navegación Aérea, estableció que efectivamente estos artefactos son aeronaves⁵². Además, con carácter temporal el art. 50 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, vino a señalar el régimen jurídico aplicable a estas aeronaves y a las actividades desarrolladas por ellas.

Sin embargo, en España el marco jurídico definitivo relativo a los drones se recoge en el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, entrando en vigor el 30 de diciembre de 2017⁵³. Se pasan a explicar los aspectos fundamentales de la regulación española.

1. Objeto

13. Dicha norma se va a aplicar a las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA), no sujetas en el momento de su redacción, a la normativa de la Unión Europea, concretamente en el Reglamento (CE) 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, así como a las operaciones y actividades realizadas por ellas⁵⁴. Ahora bien qué tipo de RPA no está regulada por dicha normativa europea y que por tanto son objeto del Real Decreto⁵⁵:

- (a) Las aeronaves civiles pilotadas por control remoto (RPA) cuya masa máxima al despegue sea inferior a los 150 kg o, cualquiera que sea su masa máxima al despegue, cuando estén excluidas de la aplicación del Reglamento (CE) 216/2008 antes señalado, por concurrir alguna de las circunstancias que se especifican en su anexo II, que efectúen operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales.
- (b) Las aeronaves civiles pilotadas por control remoto (RPA), cualquiera que sea su masa máxima al despegue, que efectúen actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares. En definitiva, son objeto de este Real Decreto aquellas RPA que se destinen a usos públicos o del Estado.

⁵² Art. 11 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960. Según la redacción actual, que fue modificado por el art. 51.1 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, BOE núm. 252, 17 octubre 2014.

⁵³ RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁵⁴ Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, DO núm. L 79, 19 marzo 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. El Reglamento 216/2008 viene a recoger las normas comunes que deben cumplirse para la certificación de todo tipo de aeronaves, aunque el desarrollo de los requisitos de aeronavegabilidad conocidos como *JAR 21 (Joint Aviation Requirement 21)*, se recogen en el Reglamento (UE) núm. 748/2012 de la Comisión, de 3 de agosto de 2012 (DO núm. L 224, 21 agosto 2012), por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción.

⁵⁵ Art. 2 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

14. Como consecuencia de la difusa redacción de todo el art. 2 que recoge el ámbito objetivo y subjetivo, no es sencillo determinar el ámbito de aplicación del Real Decreto 1036/2017.

Sólo es clara la redacción del apartado (b), pues se encuentran dentro de dicho ámbito las aeronaves civiles pilotadas por control remoto destinadas a usos públicos o del Estado, tales como actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares; pero con independencia de cuál sea su masa máxima al despegue, así que las de más de 150 kg estarían dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1036/2017.

Ahora bien, el apartado (a) señala por un lado que es de aplicación a todas las RPAS con una masa máxima al despegue inferior a 150 kg, pero, sin embargo, la parte final de la frase “*que efectúen operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales*” no está claro si también está haciendo alusión a las RPAS de MTOM inferior a 150 kg. De hecho, en el Preámbulo del Real Decreto 1036/2017, así como en el art. 1 dedicado al objeto y en el articulado del Real Decreto 1036/2017 se pone de manifiesto que el objetivo fundamental de este Real Decreto son las RPAS destinadas a operaciones especializadas o vuelos experimentales.

Por otro lado, y confirmando lo anterior, el apartado (a) también establece que es de aplicación a aquellas RPAS que estén excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 216/2008, por alguna de las circunstancias fijadas en su Anexo II, con independencia de su masa máxima al despegue, siempre que se destinen a operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales. Dentro del Anexo II del Reglamento (CE) 216/2008, en el apartado b) se excluyen de su ámbito de aplicación las aeronaves específicamente diseñadas o modificadas para la investigación o para propósitos de experimentación o científicos, y que puedan producirse en un número muy limitado, por lo que estas RPAS destinadas a operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales y con independencia de su MTOM estarían dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1036/2017.

Así pues, en el Preámbulo del Real Decreto se afirma que conforme al actual desarrollo de la técnica, a las necesidades del sector y a la experiencia de los países de nuestro entorno, son objeto de esta regulación fundamentalmente las RPA destinadas exclusivamente a la realización de las siguientes actividades, eso sí con independencia de cuál sea su masa máxima al despegue⁵⁶:

- (a) A las operaciones aéreas especializadas, también denominadas trabajos técnicos, científicos o trabajos aéreos, tales como, actividades de investigación y desarrollo, actividades agroforestales, levantamientos aéreos, fotografía, vigilancia, observación y patrulla, incluyendo filmación, publicidad aérea, emisiones de radio y televisión, lucha contra incendios, lucha contra la contaminación, prevención y control de emergencias, búsqueda y salvamento o entrenamiento y formación práctica de pilotos remotos⁵⁷. Si bien dentro de estas operaciones aéreas especializadas se encuentran tanto las realizadas con fines públicos o del Estado, tales como actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares; como el resto de actividades privadas, tales como filmación, publicidad aérea, emisiones de radio y televisión o fotografía.
- (b) A los vuelos experimentales reguladas en este real decreto: vuelos de prueba de producción y mantenimiento, de demostración, investigación y desarrollo de nuevo productos o para demostrar la seguridad de las operaciones específicas de trabajos técnicos o científicos⁵⁸.

⁵⁶ Art. 1 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁵⁷ Precepto 5.1) RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁵⁸ Precepto 5.s) RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017. En dicho precepto, se recogen de forma exhaustiva los vuelos experimentales que estarían dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto.

15. Por lo tanto, el objeto de este Real Decreto no es la regulación de aquellas RPA que se destinen exclusivamente a la realización de estas actividades:

- (a) A las actividades deportivas, recreativas, de competición o exhibición⁵⁹.
- (b) A las actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete⁶⁰.

Sin embargo, en dicha normativa se establecen las obligaciones de los usuarios de las aeronaves pilotadas por control remoto destinadas a las actividades mencionadas, para evitar que interfieran y pongan en riesgo la seguridad y regularidad de las operaciones aéreas⁶¹. En este sentido, las disposiciones relativas a las RPA destinadas a actividades deportivas, recreativas, de competición, exhibición o a actividades lúdicas se recogen en la disposición adicional segunda y tercera de este Real Decreto.

16. Ahora bien, en materia de seguridad pública, teniendo en cuenta la incidencia que el uso de aeronaves por control remoto puede tener en ella, el Real Decreto 1036/2017 deja a salvo aquellas autorizaciones que sean exigibles conforme a la normativa específica sobre la materia y establece las condiciones mínimas aplicables a todas las aeronaves pilotadas por control remoto, con independencia de sus usos, incluidos también los usos excluidos del ámbito de aplicación del resto del real decreto, que son las operaciones aéreas especializadas y los vuelos experimentales⁶². Por lo tanto, son las aeronaves no tripuladas destinadas a fines distintos a los usos profesionales señalados las que sí estarían sometidas a una MTOM inferior a 150 kg.

Cuando sea necesario para garantizar la seguridad pública, la autoridad competente en la materia podrá acordar limitar la operación de aeronaves pilotadas por control remoto, cualesquiera que sean sus usos. Cuando estas limitaciones o prohibiciones afecten al uso del espacio aéreo, tendrán

⁵⁹ La exclusión de las aeronaves no tripuladas destinadas a exhibiciones aéreas, actividades deportivas, recreativas o de competición o lúdicas (aeromodelismo) no es tanto una exclusión que derive del apartado 2 del art. 2, sino una exclusión de legalidad, que tiene como fundamento que la habilitación contenida en la disposición final segunda de la Ley 18/2014 no amparaba la regulación del aeromodelismo, porque el precepto 150.2 de la Ley española de Navegación Aérea excluye de su ámbito de aplicación a las aeronaves con fines recreativos o deportivos (E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 125, 137 y 138). *Id.* Disposición final segunda Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, BOE núm. 252, 17 octubre 2014; Art. 150.2 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960. La regulación aérea de aeromodelismo es fragmentaria y dispersa, estando contenida en la disposición adicional segunda y tercera del RD 1036/2017, en la Real Federación Aeronáutica de España, o incluso en las regulaciones sobre la materia realizada por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales (E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 138).

⁶⁰ A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 923/2012 de la Comisión, de 26 de septiembre de 2012, DO núm. L 281, 13 diciembre 2012, por el que se establecen el reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea, y por el que se modifican el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1035/2011 y los Reglamentos (CE) núm. 1265/2007, (CE) núm. 1794/2006, (CE) núm. 730/2006, (CE) núm. 1033/2006 y (UE) núm. 255/2010, define las aeronaves de juguete como “*la aeronave no tripulada diseñada para el juego de niños menores de 14 años o cuyo uso esté previsto para dicho fin, ya sea o no con carácter exclusivo*”. Adicionalmente, a tenor de lo previsto en el Real Decreto 1205/2011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes, (BOE núm. 209, 3 agosto 2011), estas aeronaves de juguete deben cumplir los requisitos previstos en dicha disposición (Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

⁶¹ Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁶² Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

carácter temporal, y deberán publicarse con carácter previo el correspondiente NOTAM (Aviso distribuido por medio de telecomunicaciones que contiene información relativa a dichas operaciones y que es indispensable que conozca el personal que realiza las operaciones de vuelo)⁶³. En cualquier caso, dichas aeronaves deberán abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones que puedan poner en riesgo la seguridad o regularidad de las operaciones aeronáuticas, así como la seguridad de las personas y bienes subyacentes.

Además, la ejecución de las operaciones especializadas sobre aglomeraciones de edificios o reuniones de personas al aire libre (art. 21.3 Real Decreto 1036/2017) requerirá una comunicación previa al Ministerio del Interior con un plazo mínimo de diez días de antelación respecto a la operación. Asimismo, las autoridades competentes en materia de seguridad pública en el ámbito territorial de la operación podrán limitar o prohibir su realización cuando pueda dar lugar a graves riesgos para la protección de personas o bienes⁶⁴.

17. Además, en la disposición final primera del Real Decreto 1036/2017 se realiza una modificación del Real Decreto 552/2014, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y se modifica el Real Decreto 57/2002, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea⁶⁵. En dicha disposición se añade un nuevo capítulo al Real Decreto 552/2014, el Capítulo VIII, denominado “Sistemas de aeronaves pilotadas por control remoto (RPAS)”, donde concretamente en su art. 23 bis y 23 ter del Real Decreto 552/2014 se señalan las reglas del aire y las condiciones de uso del espacio aéreo de las RPA no destinadas exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete⁶⁶.

Por lo tanto, en este Capítulo VIII del Real Decreto 552/2014 se regulan las aeronaves no tripuladas cuyos usos pudieran surgir en el futuro, puesto que no es de aplicación a estas RPAS ni: (a) a las RPA destinadas a operaciones aéreas especializadas, ni a vuelos experimentales, puesto que son objeto de la mayor parte del Real Decreto 1036/2017⁶⁷; (b) ni a las RPA destinadas a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete, ya que aunque nos son objeto del Real Decreto 1036/2017 se establecen en sus disposiciones segunda y tercera, las obligaciones de los usuarios de las aeronaves pilotadas por control remoto destinadas a las actividades mencionadas, para evitar que interfieran y pongan en riesgo la seguridad y regularidad de las operaciones aéreas⁶⁸. Estas aeronaves no tripuladas que pudieran utilizarse en actividades todavía no previstas y que estarían reguladas por el Capítulo VIII del Real Decreto 552/2014 son aquellas que tengan una MTOM inferior a 150 kg.

⁶³ Apartado 3 Disposición adicional primera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁶⁴ Apartado 4 Disposición adicional primera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁶⁵ Disposición final primera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁶⁶ *Vid.* Capítulo VIII RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 159, 1 julio 2014.

⁶⁷ Art. 1 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁶⁸ *Vid.* Disposición adicional segunda y tercera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

2. Aspectos relativos a la matriculación y a la aeronavegabilidad

18. Se establece un régimen general aplicable en materia de matriculación y aeronavegabilidad, exceptuando, de la misma forma que lo hacía la regulación temporal existente, del cumplimiento de estos requisitos a las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) de hasta 25 kg de masa máxima al despegue, pero que por otro lado, estarán sujetas a condiciones específicas para su pilotaje⁶⁹.

Así pues, aquella RPA con una masa máxima en el despegue superior a 25 kg deberá cumplir los requisitos de inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, tal y como señala el art. 29 de la Ley española sobre Navegación Aérea⁷⁰.

19. En cuanto al certificado de aeronavegabilidad que deben obtener las aeronaves en general, tal y como recoge el art. 36 de la Ley española sobre Navegación Aérea, el certificado para las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) tiene que ser un certificado restringido de aeronavegabilidad, y en su caso, un certificado de tipo restringido⁷¹. Pero además, tal y como se señala en el último párrafo de precepto 11.1 del Real Decreto, dicho certificado no sólo cubre el dron en sí mismo sino todos los sistemas para que pueda volar: *“El certificado restringido de aeronavegabilidad, y en su caso, el certificado de tipo restringido, (en adelante, certificado de aeronavegabilidad RPA o, según corresponda, certificado de tipo RPA) se emite a la aeronave y abarca todos los componentes del sistema (RPAS), incluyendo la propia aeronave, las estaciones de pilotaje remoto y los correspondientes enlaces de mando y control, así como cualquier otro elemento del sistema que pueda requerirse en cualquier momento durante la operación”*.

Sin embargo, existe una excepción a lo señalado en el párrafo anterior. Cuando se trate de la realización de vuelos experimentales con aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) cuya masa máxima al despegue supere los 25 Kg, no será necesario que la aeronave disponga de un certificado de aeronavegabilidad RPA⁷². En estos casos, tras la solicitud de la organización que pretenda realizar dichos vuelos, se emitirá un certificado especial denominado “certificado especial para vuelos experimentales”. Dicho certificado especial se emitirá cuando quede acreditada la capacidad de la aeronave para la realización de los vuelos experimentales previstos en condiciones de seguridad⁷³.

3. Características de las operaciones de vuelo

20. En cuanto a las operaciones que las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) pueden realizar en el espacio aéreo previsto para su vuelo, se van a señalar los requisitos de las mismas, para que se realicen cumpliendo con las condiciones de seguridad, para evitar los incidentes o accidentes:

⁶⁹ Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017

⁷⁰ Sobre la normativa que regula la inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles *vid.*, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa Internacional de Grandes Aeronaves Civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 117-136.

⁷¹ Art. 11 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁷² Art. 12 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁷³ Esto requerirá que el solicitante acredite: a) Documente la caracterización de la aeronave; b) Establezca una zona de seguridad; c) Realice un estudio aeronáutico de seguridad; d) Justifique documentalmente la capacidad de la aeronave para la realización de forma segura de los vuelos propuestos; e) Defina el método que se vaya a emplear para la configuración del RPAS (art. 12 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

A) Categorías

21. En función de la masa máxima al despegue de las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) las actividades que se pueden realizar son diferentes, tal y como señala el Real Decreto. En general, las categorías en las que podrían dividirse las RPA son⁷⁴:

- (a) Aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) con una masa máxima al despegue que sea de hasta 2 k g.
- (b) Aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) con una masa máxima al despegue que sea de hasta 25 kg.
- (c) Aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) con una masa máxima al despegue que sea superior 25 kg.

B) Licencia de los pilotos

22. En cuanto a la licencia con la que deben contar los pilotos remotos, además de cumplir con los requisitos de tener 18 años cumplidos y un certificado médico en vigor, se deben distinguir dos situaciones⁷⁵:

- (a) Si se trata de aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) con una masa máxima al despegue inferior a 25 Kg, es necesario que tengan conocimientos técnicos, así como formación práctica en su pilotaje, lo cual debe quedar acreditado con el certificado correspondiente.
- (b) Si se trata de aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) con una masa máxima al despegue superior a 25 Kg, es necesario que sean o hayan sido titulares de cualquier licencia de piloto, incluyendo la licencia de piloto ultraligero (LAPL)⁷⁶.

23. El uso de las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) requerirá que su diseño y características permitan al piloto intervenir en el control del vuelo, en todo momento⁷⁷. Por lo tanto, será el piloto remoto el responsable de detectar y evitar posibles colisiones y otros peligros.

Aunque, sin perjuicio de la responsabilidad del piloto señalada, el operador es el responsable de que se cumplan los requisitos exigidos a los pilotos remotos para que puedan operar con un RPA en condiciones de seguridad, tal y como establece dicho Real Decreto⁷⁸.

⁷⁴ Arts. 21-22 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017. Aunque algunos tipos de operaciones pueden realizarse cuando la RPA no supere los 10 Kg o los 250 g, tal y como se explicará más adelante.

⁷⁵ Por lo que respecta al certificado médico, si se trata de drones de menos de 25 kg, debe ser el mismo que se solicita cuando se trata de una licencia de piloto de aeronave ultraligera (LAPL); o de clase 2 cuando los drones pesen más de 25 kg (Art. 35 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

⁷⁶ Arts. 33-34 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁷⁷ Art. 4 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁷⁸ Precepto 33.2 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

C) Límites operacionales

24. El Real Decreto también establece las condiciones generales de utilización de la aeronave pilotada por control remoto (RPA) para la realización de operaciones especializadas, en los términos de la normativa de la Unión Europea, que no son otros que los denominados trabajos técnicos y científicos⁷⁹.

Si el RPA tiene certificado de aeronavegabilidad, ésta podrá operar con las condiciones y limitaciones establecidas en su certificado de aeronavegabilidad RPA emitido por AESA⁸⁰. Ahora bien, cuando el RPA no disponga de certificado de aeronavegabilidad, las operaciones especializadas por RPA tienen que hacerse siempre en espacio aéreo no controlado y fuera de una zona de información de vuelo (FIZ), cumpliendo con las siguientes condiciones⁸¹:

- (a) Dentro del alcance visual del piloto o VLOS (*Visual Line of Sight*), o de observadores que estén en contacto permanente por radio con aquél o EVLOS (*Extended Visual Line of Sight*), como medio alternativo.

Ahora bien, se pueden realizar operaciones más allá del alcance visual del piloto o BVLOS (*Beyond Visual Line of Sight*), si el RPA cuenta con una masa máxima al despegue inferior a 2 kg; o bien cuenta con sistemas, aprobados por la AESA, que permitan al piloto detectar y evitar a otros usuarios del espacio aéreo, y si no lo tuviera, estos vuelos fuera del alcance visual del piloto sólo podrán tener lugar en espacio aéreo temporalmente segregado o TSA (*Temporally Segregate Aerospace*)⁸².

- (b) A una distancia horizontal del piloto, o en su caso de los observadores, no mayor de 500 m.
- (c) A una altura máxima del suelo de 120 m (400 pies), o sobre el obstáculo más alto situado dentro de un radio de 150 m (500 pies) desde la aeronave.
- (d) Tienen que realizarse a una distancia que supere los 8 km respecto de aeródromos o aeropuertos.
- (e) Deben desarrollarse de día y en condiciones meteorológicas de vuelo visual o VMC (*Visual Flight Meteorological Conditions*)⁸³.
- (f) Nunca deben realizarse sobre áreas urbanas o concentraciones de personas.

Estos requisitos, a excepción de la letra (b), son los mismos que debe cumplir en general, cualquier RPA no destinada exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhi-

⁷⁹ Preámbulo RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁸⁰ Art. 22 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁸¹ Arts. 21-24 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁸² El espacio temporalmente segregado o TSA es el volumen definido de espacio aéreo para uso temporal específico de una actividad, y a través del cual no se puede permitir el tránsito de otro tráfico, ni siquiera bajo autorización ATC (*Air Traffic Control*), es decir autorización por parte del Control de Tráfico Aéreo (Precepto 5.q) RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

⁸³ Las condiciones meteorológicas de vuelo visual o VMC son las condiciones meteorológicas expresadas en términos de visibilidad, distancia de las nubes y techo de nubes, iguales o mejores a las establecidas por las normas de la Unión Europea (Precepto 5.b) RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

bición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete⁸⁴. Ahora bien, en el caso de tratarse de una operación BVLOS de un RPA con un MTOM inferior a 2 kg, será necesario la publicación de estas operaciones, con una antelación suficiente de lo que es conocido como NOTAM (Aviso distribuido por medio de telecomunicaciones que contiene información relativa a dichas operaciones y que es indispensable que conozca el personal que realiza las operaciones de vuelo), para informar de la operación al resto de usuarios del espacio aéreo de la zona en que ésta vaya a tener lugar⁸⁵.

25. Sin embargo, se establecen excepciones a dichas reglas generales de vuelo para la realización de operaciones aéreas especializadas sobre aglomeraciones de edificios o reuniones de personas al aire libre.

De manera que, entre otras operaciones especializadas, se podrá transportar sangre y material urgente cuando no se puedan realizar por tierra, sobre aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o reuniones de personas al aire libre, en espacio aéreo no controlado y fuera de una zona de información de vuelo (FIZ) siempre que se trate de un RPA: (a) Cuya masa máxima al despegue no exceda de los 10 kg; (b) Dentro del alcance visual del piloto (VLOS); (c) A una distancia horizontal máxima del piloto de 100 m; (d) A una altura máxima del suelo de 120 m (400 pies), o sobre el obstáculo más alto situado dentro de un radio de 180 m (600 pies) desde la aeronave; (e) Y a una distancia horizontal mínima de seguridad de 50 m respecto de edificios y de personas ajenas a la operación⁸⁶.

26. Por otro lado, existen mayores restricciones a la realización de vuelos experimentales, que tienen que cumplir los siguientes requisitos: (a) Dentro del alcance visual del piloto (VLOS) o en una zona de espacio aéreo segregada al efecto (TSA); (b) Fuera de aglomeraciones de edificios o de reuniones de personas al aire libre; (c) En espacio aéreo no controlado y fuera de una zona de información de vuelo (FIZ); (d) Y se requerirá del establecimiento de una zona de seguridad en relación con la zona de realización del vuelo⁸⁷.

27. Existen excepciones a la prohibición de que las RPA realicen vuelos nocturnos y bajo condiciones meteorológicas de vuelo visual. Se trata de aquellas RPA destinadas exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a las actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete.

⁸⁴ *Vid.* Disposición final primera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017. En dicha disposición se añade un nuevo capítulo al RD 552/2014, el capítulo VIII, denominado “Sistemas de aeronaves pilotadas por control remoto (RPAS)”, donde concretamente en su art. 23 bis y 23 ter del RD 552/2014 se señalan las reglas del aire y las condiciones de uso del espacio aéreo de las RPA no destinadas exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete (capítulo VIII RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 159, 1 julio 2014).

⁸⁵ Precepto 23 ter.4 RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 159, 1 julio 2014 (disposición final primera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

⁸⁶ En cualquier caso, se aconseja que estas operaciones se realicen sobre zonas acotadas en la superficie, en las que, la autoridad competente a tales efectos, haya limitado el paso de personas o vehículos (art. 21.3 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017). *Vid.* A.-B. RAMOS, “El despertar de los drones”, *Actualidad Económica*, Madrid, 19 marzo, 2018, p. 40.

⁸⁷ Art. 23 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

Para que dichas RPA puedan volar de noche tienen que cumplir las siguientes condiciones: (a) Que tenga un peso máximo de hasta 2 kg de MTOM; (b) A una altura máxima sobre el terreno de 50 m; (c) Además de tener que realizarse a una distancia que supere los 8 km respecto de aeródromos o aeropuertos, en espacio aéreo no controlado y fuera de una zona de información de vuelo (FIZ), y dentro del alcance visual del piloto, tratándose estos últimos de requisitos que debe cumplir cualquier RPA⁸⁸.

Por otro lado, las RPA destinadas exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete, pueden realizar operaciones sobre aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o de reuniones de personas al aire libre. Ahora bien sólo pueden hacerlo si se trata de aeronaves de hasta 250 g que operen a una altura que no supere los 20 m⁸⁹.

Ahora bien, las RPA destinadas exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete, que no entren dentro de los dos supuestos anteriores, deben cumplir las siguientes condiciones del uso del espacio aéreo: (a) A una distancia que supere los 8 km respecto de aeródromos o aeropuertos; (b) En espacio aéreo no controlado y fuera de una zona de información de vuelo (FIZ); (c) Dentro del alcance visual del piloto; (d) En vuelo diurno y bajo condiciones meteorológicas de vuelo visual; (e) A una altura máxima del suelo de 120 m (400 pies), o sobre el obstáculo más alto situado dentro de un radio de 150 m (500 pies) desde la aeronave⁹⁰.

28. Por otro lado, aunque se exige como requisito que las RPA vuelen en espacio aéreo no controlado, cuando operen en espacio aéreo controlado deben cumplirse también ciertas condiciones.

En primer lugar, la aeronave deberá estar equipada con un transpondedor Modo S, salvo que se trate de la realización de operaciones dentro del alcance visual del piloto (VLOS) y por parte de aeronaves cuya masa máxima al despegue no exceda de 25 kg⁹¹.

En segundo lugar, los pilotos remotos tienen que disponer de los conocimientos necesarios para obtener la calificación de radiofonista, acreditados mediante habilitación anotada en una licencia de piloto o certificación emitida por una organización de formación aprobada (ATO) o escuela de ultraligeros; y además, acreditar un conocimiento del idioma o idiomas utilizados en las comunicaciones entre el controlador y la aeronave, en función de las condiciones operativas del espacio aéreo en el que se realice la operación⁹².

⁸⁸ Disposición adicional segunda RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁸⁹ Disposición adicional tercera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁹⁰ Disposición adicional segunda RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁹¹ Precepto 23 quáter.2 RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 159, 1 julio 2014 (disposición final primera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

⁹² Art. 33 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

En tercer lugar, el operador deberá realizar un estudio aeronáutico de seguridad y coordinado con el proveedor de servicios de tránsito aéreo designado en el espacio aéreo de que se trate, de manera que se constate la seguridad de la operación⁹³.

El mencionado estudio aeronáutico de seguridad también es obligatorio cuando se vayan a realizar operaciones especializadas con un RPA que vuele: (a) Fuera del alcance visual del piloto (BVLOS), cuya MTOM supere los 2 Kg; (b) O sobre aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o reuniones de personas al aire libre; (c) O en espacio aéreo controlado o zona de información de vuelo (FIZ); (d) O de noche⁹⁴. Por supuesto, se exige la aprobación del correspondiente estudio aeronáutico de seguridad por parte de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) cuando se pretendan realizar vuelos específicos no contemplados en el RD 1036/2017⁹⁵.

D) Seguros

29. La actividad aeronáutica en general, provoca daños tanto para las personas, como para las cosas, y entre éstos, es el accidente de aviación el que es objeto del presente estudio y el que más interés despierta en orden a la responsabilidad que genera entre los posibles sujetos imputables⁹⁶.

Cuando se produce un accidente, ya sea provocado por un dron o por cualquier tipo de aeronave, con perjuicios para las personas o cosas, se activan los mecanismos del Derecho aéreo destinados a establecer las diferentes responsabilidades y paliar las consecuencias dañinas del mismo, que varían en función de la normativa aplicable.

30. El accidente aéreo provocado por cualquier tipo de aeronave es la fuente principal de los daños que van a generar la necesidad de reparación tanto a los pasajeros, carga, así como a terceros.

Sin embargo, en el caso de los accidentes provocados por drones, tiene la particularidad de que, tras el estudio de la regulación existente, por el momento no pueden volar ni con pasajeros, ni con carga, como lo hacen las aeronaves comerciales, ya que, aunque el cambio normativo introducido por el Reglamento (UE) 2018/1139 ofrece esta posibilidad, se requiere un desarrollo normativo que todavía no se ha producido. Por lo tanto, la única responsabilidad que se genera cuando se producen accidentes provocados por drones es con respecto a terceros, es decir responsabilidad extracontractual⁹⁷.

31. También se debe aclarar que con este apartado con el término dron se estará haciendo referencia a las aeronaves tripuladas por control remoto o RPA, según las legislaciones nacionales, o bien UAS o UAV, según terminología de la EASA. Pero en ningún caso, se está haciendo referencia a las aeronaves completamente autónomas, porque al igual que en el caso anterior, aunque el Reglamento (UE) 2018/1139 regula todo tipo de aeronaves no tripuladas, no sólo las controladas por control remoto,

⁹³ Precepto 23 ter.2 RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 159, 1 julio 2014 (disposición final primera RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017).

⁹⁴ Art. 27 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁹⁵ Art. 43 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

⁹⁶ Y.-B. BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 27.

⁹⁷ Se debe aclarar, que entre el operador del dron y el piloto existirá un contrato para la realización del servicio de pilotaje, en virtud del cual se podrán pedir responsabilidades.

sino también las autónomas, todavía no se han realizado los actos delegados y de ejecución pertinentes que regulen este tipo de aeronaves no tripuladas⁹⁸.

32. El piloto remoto será el responsable de detectar y evitar las posibles colisiones y peligros, tal y como señala el art. 4 del Real Decreto 1036/2017. Sin embargo, es el operador de la aeronave el responsable del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Real Decreto para una operación segura⁹⁹. De hecho, entre la multitud de requisitos que debe cumplir el operador en relación con la operación realizada con aeronaves no tripuladas, está el de asegurarse de que la operación y el personal, entre el que se encuentra el piloto remoto, cumplen con los requisitos establecidos en el Real Decreto 1036/2017¹⁰⁰.

Por lo tanto, es el operador de la aeronave no tripulada el que tiene que realizar una póliza de seguros u otra garantía financiera que cubra la responsabilidad civil frente a terceros por los daños que puedan ocasionarse en relación con las operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales, según los límites de cobertura que se establecen:

- 1º) En el Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, cuando se trata de las aeronaves de menos de 20 kg de masa máxima al despegue¹⁰¹.

Por lo tanto, cuando la aeronave tiene una MTOM de menos de 20 kg, el Real Decreto 37/2001 establece el límite de 300.000 euros¹⁰².

- 2º) En el Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos, para aquellas aeronaves de masa máxima al despegue igual o superior a 20 kg¹⁰³.

Por lo tanto, no existe una normativa europea específica que defina las responsabilidades del operador con respecto a terceros, ni en relación con los seguros, sino que se deberá acudir a las disposiciones relativas a las aeronaves tripuladas en materia de seguros, el Reglamento (CE) 785/2004¹⁰⁴. Así que cuando la MTOM es igual o mayor de 20 kg, el límite de cobertura lo establece el Reglamento (CE) 785/2004, que para un MTOM inferior a 500 kg, señala un límite de aproximadamente 1 millón de euros (0,75 Millones de DEG), para cada aeronave¹⁰⁵.

⁹⁸ Hasta el Reglamento (UE) 2018/1139 no existía todavía ninguna regulación en relación con las aeronaves autónomas. Vid. S. DÍAZ ALABART, *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018, p. 47.

⁹⁹ Concepto de operador en la letra i) art. 5 RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

¹⁰⁰ Precepto 26.h) RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea, BOE núm. 316, 29 diciembre 2017.

¹⁰¹ RD 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, BOE núm. 29, 2 febrero 2001.

¹⁰² R. HERRERA DE LAS HERAS, "Drones y responsabilidad civil", en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 270.

¹⁰³ Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, DOUE núm. 138, 30 abril 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.

¹⁰⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

¹⁰⁵ Art. 7 Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, DOUE núm. 138, 30 abril 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos. DEG significa Derechos especiales de giro, y un DEG equivale a 1,23 euros. El Reglamento señala que: si la aeronave tiene un MTOM inferior a 1000 kg, el seguro será de 1,5 millones de DEG, que son aproximadamente 2 millones de euros; si la aeronave tiene un MTOM inferior a 2700 kg, el seguro será de 3 millones de DEG, que son aproximadamente 4 millones de euros; y así sucesivamente hasta llegar a 10 tramos.

Existe mucha diferencia en cuanto al límite del seguro entre las aeronaves no tripuladas con un MTOM inferior a 20 kg y aquellas que poseen un MTOM superior a 20 kg. Esto es debido a que el Reglamento (CE) 785/2004 se desarrolló pensando en las aeronaves tripuladas que pesan mucho más que las no tripuladas, así que al ser de aplicación también a estas últimas, los tramos que contempla el Reglamento no son suficientes para establecer los límites de los seguros de manera adecuada. Así pues, el Reglamento (CE) 785/2004 o la norma que fuese de aplicación debería contemplar más tramos, por ejemplo, entre 20 kg y 100 kg, entre 100 y 200 kg, y así sucesivamente¹⁰⁶.

33. En cuanto a las aeronaves no tripuladas destinadas a fines deportivos o recreativos o a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete, como ya se ha comentado, están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley española de Navegación Aérea¹⁰⁷. Así que como es dicha ley la que establece la obligatoriedad del seguro, las aeronaves no tripuladas destinadas a actividades deportivas o recreativas, o a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete no tienen que estar aseguradas a terceros¹⁰⁸.

En cualquier caso, normalmente las actividades con fines deportivos o recreativos son desarrolladas por medio de clubes o asociaciones, que son los que facilitan las instalaciones para practicar aeromodelismo. Pues bien, estas asociaciones de aficionados al aeromodelismo tienen un seguro que cubre las actividades desarrolladas dentro de sus terrenos o zonas homologadas, se trata normalmente de un seguro obligatorio y otro de responsabilidad civil. También es posible que los pilotos se encuentren federados en la Real Federación Aeronáutica de España, en cuyo caso la licencia federativa incluye un seguro personal de accidentes y otro de responsabilidad civil¹⁰⁹.

Ahora bien, si se utilizan las aeronaves no tripuladas en actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete, aunque el seguro no es obligatorio, este es aconsejable por los posibles daños causados a terceros.

34. Por otro lado, habría que considerar la posible condena por daños, tal y como establece el art. 1902 y siguientes del Código Civil¹¹⁰. Las principales causas de sanción son no ser un operador habilitado y el sobrevuelo en zonas no permitidas.

En este sentido, la Ley 21/2003, sobre Seguridad Aérea impone sanciones y más concretamente, en su art. 55 se establece el importe de las multas¹¹¹. Si se trata de una aeronave no tripulada destinada a uso recreativo o a actividades lúdicas, las multas son la siguientes¹¹²:

- a) Las infracciones leves con apercibimiento o multa de 60 hasta 45.000 euros.
- b) Las infracciones graves con multa de 45.001 a 90.000 euros.
- c) Las infracciones muy graves con multa de 90.001 a 225.000 euros.

Ahora bien, si se trata de una aeronave no tripulada utilizada con fines profesionales, se establecen las siguientes multas¹¹³:

- a) Para las infracciones leves, apercibimiento o multa de 4.500 hasta 70.000 euros.
- b) Para las infracciones graves, multa de 70.001 a 250.000 euros.
- c) Para las infracciones muy graves, multa de 250.001 a 4.500.000 euros.

¹⁰⁶ También se deberían contemplar más tramos para las aeronaves no tripuladas cuya MTOM es inferior a 20 kg, por ejemplo: inferior a 250 g, entre 250 y 900 g, entre 900 y 2 kg, entre 2 kg y 5 kg, y así sucesivamente, pero de momento el Real Decreto 1036/2017, en materia de seguros sólo diferencia entre aeronaves no tripuladas con un MTOM inferior a 20 kg y aquellas con un MTOM superior a 20 kg.

¹⁰⁷ Art. 150.2 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960.

¹⁰⁸ Art. 150.2 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960.

¹⁰⁹ Y.-B. BUSTOS MORENO, *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 314-315.

¹¹⁰ R. HERRERA DE LAS HERAS, "Drones y responsabilidad civil", en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 270.

¹¹¹ Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 162, 8 julio 2003.

¹¹² Precepto 55.1 Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 162, 8 julio 2003.

¹¹³ Precepto 55.2 Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 162, 8 julio 2003.

IV. Regulación propuesta por la EASA

35. Antes de la entrada en vigor del Reglamento 2018/1139, la normativa vigente en materia de aviación civil y por el que se creaba una Agencia Europea de Seguridad Aérea o EASA (*European Aviation Safety Agency*), que es el Reglamento (CE) 216/2008, requería que los drones o UAS (*Unmanned Aircraft System*) con un peso superior a 150 kg se regulasen de una forma similar a las aeronaves tripuladas¹¹⁴. Aquellos UAS con un peso inferior eran regulados por cada Estado miembro como consideraba oportuno. Así, como el uso de drones ha crecido significativamente en los últimos años, los Estados miembros han tenido que reaccionar rápidamente desarrollando su propia legislación nacional en la materia, siendo este el caso de España y de otros países de nuestro entorno, lo que conducía potencialmente a un mercado fragmentado.

Por lo tanto, dada la fragmentación legal en esta materia, se empezó a elaborar por parte de la Unión Europea, concretamente por la entonces denominada Agencia Europea de Seguridad Aérea o EASA (*European Aviation Safety Agency*), un marco regulatorio para el desarrollo de un mercado único europeo y favorecer así las operaciones transfronterizas de drones¹¹⁵. Además, la EASA consideraba y sigue considerando en la actualidad, que el peso del dron no es el único criterio que se debe seguir, si se quiere conseguir una regulación apropiada y proporcional de los drones, que no limite el desarrollo futuro del mercado de dichas aeronaves, pues se espera que explote en los próximos años; y todo ello se ha reflejado finalmente en el actual Reglamento (UE) 2018/1139.

A continuación, se hace una comparativa de la legislación existente en Francia y Alemania, para comprobar que efectivamente las regulaciones de dichos países en materia de drones son diferentes entre sí, y en relación con la legislación española ya estudiada.

Comparativa entre Francia y Alemania en la regulación de drones.

Requisitos	Francia	Alemania
Límite MTOM	150 kg	25 kg
Categorías	<2 kg, <25 kg y > 25 kg	< 25 kg, > 25kg
Licencias	En función de escenarios: S1, S2, S3 Y S4	Requisitos teóricos y prácticos >5kg
VLOS	Sí, en S1	Sí
BVLOS	Sí, en S2 y S4	Sí, es espacios segregados
Límite altura	150 m.	100 m.
L. operacional	Según modelo, lejos de gente, de día	> 1,5 km aeródromos entre otros

Fuente: Elaboración propia en base a datos NPA 2017-05 (B).

36. Por lo tanto, se hizo necesaria una modificación del Reglamento (CE) 216/2008, así que en el año 2015 la EASA elaboró un aviso anticipado de propuesta de modificación de dicho Reglamento o Reglamento Básico, que es como se denomina al Reglamento (CE) 216/2008 en dicha

¹¹⁴ A diferencia de la normativa española, la EASA utiliza el término UAS y no RPA o RPAS. Con el término UAS se amplía el concepto de dron, con el que se está haciendo referencia tanto a los RPA o RPAS como a las aeronaves autónomas. Como sucedía con los conceptos RPA y RPAS, se debe resaltar la diferencia entre UA y UAS: mientras que por UA (*Unmanned aircraft*) se entiende la aeronave no tripulada; sin embargo, UAS (*Unmanned aircraft systems*) comprende además de la aeronave, todos los sistemas integrados para llevar a cabo la operación de vuelo.

¹¹⁵ La EASA ha desarrollado *Notice of Proposed Amendment 2017-05(A)* y *Notice of Proposed Amendment 2017-05(B)*, que recoge “*Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*”. Se trata de una propuesta de regulación con el objetivo de establecer en el futuro la regulación más adecuada a dos categorías de drones: la categoría abierta y la categoría específica, que será estudiado en el apartado correspondiente (*vid.*, *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A)* y *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B)*): “*Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*”, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/document-library/notices-of-proposed-amendment/npa-2017-05> (consultado el 27 de abril de 2018)).

propuesta¹¹⁶. El aviso anticipado de propuesta denominado A-NPA 2015-10 y bajo el título de “*Introduction of a regulatory framework for the operation of drone*” aspira a crear unas normas europeas comunes sobre seguridad para el funcionamiento de drones independientemente de su peso. Propone un enfoque proporcional y centrado en la operación. En otras palabras, se centra más en el “cómo” y “en qué condiciones” se usa el dron que únicamente en las características del mismo. El aviso de propuesta considera cambios en las normas de seguridad de la aviación vinculadas a las responsabilidades de la EASA, y por esta razón no aborda directamente la privacidad o la protección de datos al estar fuera de las responsabilidades de la EASA.

Las tres categorías propuestas en las que clasificar los UAS se basan en el riesgo que su operación supone para terceros (personas y propiedades) y son las siguientes¹¹⁷:

- (a) Categoría abierta, que es aquella que implica riesgo bajo.
- (b) Categoría específica, que es la que implica riesgo medio.
- (c) Categoría certificada, que es la que conlleva riesgo alto.

Se usa el riesgo a la hora de clasificar las operaciones de los drones ya que, por ejemplo, una aeronave no pilotada en el mar abierto ofrece un peligro menor que una más pequeña que sobrevuela a los espectadores de un estadio. En el aviso anticipado de propuesta de modificación A-NPA 2015-10, se les insta a los Estados miembros a que designen cuál de sus autoridades (u otras organizaciones) será responsable del cumplimiento de la normativa.

Estas categorías de la EASA están inspiradas en la clasificación que han realizado las Autoridades conjuntas para la regulación de los sistemas no tripulados o JARUS (*Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems*) en el marco de la ICAO que identifica también tres categorías de UAS, A, B y C, que se corresponden con cada una de las categorías establecidas por la EASA.

37. Posteriormente a este aviso anticipado de propuesta A-NPA 2015-10, la EASA ha redactado el aviso de la propuesta de modificación del Reglamento Básico con el mismo título “*Introduction of a regulatory framework for the operation of drone*”, pero centrándose exclusivamente en dos de las categorías de UAS señaladas, la categoría abierta y categoría específica, y que se denomina de forma abreviada NPA 2017-05¹¹⁸. Sin embargo, se han elaborado dos documentos, NPA 2017-05 (A) y NPA 2017-05 (B), en el primero, en el A, se recogen las notas explicativas y el borrador de la normativa propuesta; y en el segundo, B, se estudia la evaluación del impacto de la regulación propuesta.

Tras el estudio de los dos documentos que recogen las propuestas de modificación del Reglamento Básico, para introducir una nueva regulación de los UAS, se puede afirmar que la mayor parte de las propuestas son en relación con la categoría abierta y específica, que serán estudiadas a continuación, aunque también se va a mencionar qué tipo de operaciones deberían incluirse en la categoría certificada. Además, se van a explicar los aspectos fundamentales de las propuestas de modificación del Reglamento Básico y después, al estudiar el Reglamento (UE) 2018/1139, se podrá comprobar los aspectos que ya se han incluido en dicho instrumento internacional, y cuáles están pendientes de ser introducidos, mediante las normas de desarrollo correspondientes.

¹¹⁶ *Advance Notice of Proposed Amendment 2015-10: “Introduction of a regulatory framework for the operation of drone”*, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018). De forma abreviada se denomina A-NPA 2015-10.

¹¹⁷ *Advance Notice of Proposed Amendment 2015-10: “Introduction of a regulatory framework for the operation of drone”* (A-NPA 2015-10), p. 1, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹¹⁸ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A) y Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*”, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/document-library/notices-of-proposed-amendment/npa-2017-05> (consultado el 27 de abril de 2018). De forma abreviada se denominan NPA 2017-05 (A) y NPA 2017-05 (B).

1. Categorías

A) Categoría abierta

38. En la categoría abierta o de riesgo bajo, la seguridad se garantiza con limitaciones operacionales, cumplimiento con estándares de seguridad industriales y el requisito de tener ciertas funcionalidades y un mínimo de normas de operación. Se espera que la policía sea la principal encargada de supervisar su cumplimiento¹¹⁹.

Los límites para que una operación entre dentro de la categoría abierta son¹²⁰: (a) Que el UAS tenga una masa máxima en el despegue o MTOM (*Maximum take-off mass*) inferior a 25 kg; (b) Que la altura no supere los 120 m; (c) Que esté dentro del alcance visual del piloto o VLOS (*Operations in visual line of sight*).

39. Cuando la operación a la que se destina el dron excede uno de los límites de la categoría abierta, entonces la operación entra dentro de la categoría específica¹²¹.

Dentro de la categoría abierta se distinguen tres subcategorías¹²²:

- (a) A1, es aquella en la que se engloban las operaciones que se realizan sobre personas. Estas operaciones sólo pueden ser realizadas por: un UA clasificado como C0 o de forma privada, ambos con una masa máxima en el despegue inferior a 250 g; o un UA clasificado como C1, cuya masa máxima en el despegue es inferior a 900 g.
- (b) A2, es la categoría en la que se engloban las operaciones que se realizan de forma próxima a la gente. Y estas operaciones sólo pueden ser realizadas por un UA clasificado como C2, que tiene una masa máxima en el despegue inferior a 4 Kg.
- (c) A3, es la que corresponde a las operaciones que se realizan lejos de la gente. Dichas operaciones sólo pueden ser realizadas por un UA clasificado como C3, C4 o construido de forma privada, que tengan una masa máxima en el despegue inferior a 25 Kg.

B) Categoría específica

40. En la categoría específica o de riesgo medio, se precisará de la autorización de una autoridad aeronáutica nacional, posiblemente asistida por una Entidad cualificada tras una evaluación de riesgos elaborada por el operador. En un manual de operaciones se enumerarán las medidas para reducir el riesgo¹²³.

41. En la categoría específica se incluyen, por tanto, todas las operaciones que excedan las restricciones de la categoría abierta. Una operación realizada por un UAS es clasificada dentro de la categoría certificada cuando al considerar los riesgos, se requiere la certificación de la UA (*Unmanned aircraft*) y de su operador, así como la licencia del piloto¹²⁴.

¹¹⁹ *Advance Notice of Proposed Amendment 2015-10: "Introduction of a regulatory framework for the operation of drone"* (A-NPA 2015-10), p. 1, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²⁰ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category"* (NPA 2017-05 (A)), p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²¹ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category"* (NPA 2017-05 (A)), p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²² *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category"* (NPA 2017-05 (A)), pp. 14-15, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²³ *Advance Notice of Proposed Amendment 2015-10: "Introduction of a regulatory framework for the operation of drone"* (A-NPA 2015-10), p. 1, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²⁴ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Un-*

De hecho, se ha propuesto que la categoría certificada podría no ser necesaria puesto que todas las operaciones que no entrasen dentro de la categoría abierta podrían ser cubiertas por la categoría específica. Aunque esto teóricamente podría ser así, habría casos en los que las medidas para mitigar el riesgo serían tan numerosas que la certificación sería más eficiente y permitiría, además, cubrir más operaciones que las descritas en la evaluación de riesgos¹²⁵.

C) Categoría certificada

42. En la categoría certificada o de riesgo alto, los requisitos son comparables a aquellos de las aeronaves tripuladas. Será supervisada por la agencia aeronáutica nacional en cuanto a emisión de licencias y aprobación de mantenimiento, operaciones, formación, gestión del tránsito aéreo y servicios de navegación aérea, y organizaciones de aeródromos; y por la EASA para el diseño y autorización de las organizaciones extranjeras¹²⁶.

43. El art. 20(a) del nuevo Reglamento Básico (posible modificación del Reglamento (CE) 216/2008) señala los requisitos a valorar para que una operación sea clasificada como de categoría certificada: *“The conditions for situations in which the design, production, maintenance and operation of unmanned aircraft, as well as the personnel and organisations involved in these activities, should be subject to certification, should take into account the nature and risk of the type of operation concerned. These conditions should in particular take into account the type, scale, and complexity of the operation, including, where relevant, the size and type of the traffic handled by the responsible organisation or person; whether the operation is open to members of the public; the extent to which other air traffic or persons and property on the ground could be endangered by the operation; the purpose of the flight and type of airspace used; the complexity and performance of the unmanned aircraft involved.”*¹²⁷.

Dado que estos criterios son similares a los de la evaluación de riesgos, se llega a la conclusión de que una operación sólo puede ser certificada después de una detallada investigación. Sin embargo, las siguientes operaciones han sido propuestas para que sean clasificadas en la categoría certificada¹²⁸:

- (a) UAS grande o complejo que opera continuamente sobre grupos de gente;
- (b) UAS grande o complejo que realiza operaciones más allá del alcance visual del piloto o BVLOS en el espacio aéreo con alta densidad;
- (c) UAS utilizado para el transporte de personas; y
- (d) UAS para el transporte de productos peligrosos, que pueda suponer un riesgo elevado para terceras personas en caso de colisión.

2. Evaluación de la seguridad

44. Los dos principales riesgos que deben ser mitigados en relación con la navegación aérea de

manned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (A)), p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²⁵ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category”* (NPA 2017-05 (A)), p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²⁶ *Advance Notice of Proposed Amendment 2015-10: “Introduction of a regulatory framework for the operation of drone”* (A-NPA 2015-10), p. 1, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²⁷ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category”* (NPA 2017-05 (A)), p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹²⁸ Esta lista todavía está siendo desarrollada por grupo de trabajo 7 de JARUS (WG-7) (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category”* (NPA 2017-05 (A)), p. 11, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018)).

los UA son los siguientes¹²⁹: (a) Riesgo en el aire (colisión con una aeronave tripulada u otra UA), y; (b) Riesgo contra el suelo (colisión con personas o infraestructura crítica).

Tras la evaluación de los riesgos se ha identificado que se producen en tres aéreas¹³⁰: (a) Conflicto en vuelo; (b) UAS fuera de control; y (c) Otros fallos de los sistemas.

Estas áreas de riesgo son reflejadas en los requisitos para la categoría abierta y para la categoría específica. Por ejemplo, el conflicto en vuelo de la categoría abierta es mitigado estableciendo requisitos como¹³¹: (a) Altura máxima; (b) Operaciones dentro del alcance visual del piloto o VLOS; y (c) Que a algunos UAS, a los de clase A, se les exija la función de geolocalización.

45. Tras una evaluación del impacto del problema de la clasificación de las operaciones en las tres categorías mencionadas en relación con otros problemas, como el impacto social, económico o de seguridad, se han llegado a las siguientes conclusiones¹³²:

- (a) En cuanto a la categoría abierta, la opción preferida es un balance proporcional, teniendo en cuenta los requisitos técnicos de los UAS así como la competencia del piloto remoto. Se trata de conseguir el mejor compromiso entre seguridad y coste, teniendo en cuenta también un positivo impacto social.
- (b) Por lo que respecta al registro, se prefiere el registro de todos los operadores que llevan un UA con masa máxima en el despegue mayor de 250 g, así como el registro del UA en sí mismo que tenga una masa máxima en el despegue mayor de 900 g. Esta opción está principalmente influenciada por el riesgo en seguridad y privacidad, consiguiendo el mejor compromiso entre coste y mitigación del riesgo.
- (c) En lo relativo a la categoría específica, es preferible complementar la autorización requerida para llevar a cabo la operación, con los escenarios fijados por la EASA, de manera que se reduce la carga para los operadores y las autoridades competentes. Además, el operador puede solicitar un certificado de operador de UAS ligero o LUC (*Light UAS operator certificate*) con el privilegio de aprobar su propia operación. Esta opción consigue el mayor compromiso coste-eficacia de todas las posibles opciones en esta categoría.

3. El *U-Space*

46. En la conferencia que tuvo lugar en Polonia el 23 y 24 de noviembre de 2016 se abordó el tema del desarrollo del gran potencial que tiene el mercado de servicios de UAS que no sólo incluyese un marco regulatorio apropiado dentro de la Unión Europea, sino también en el ámbito de la dimensión aeroespacial. En definitiva, se hizo urgente el desarrollo del concepto de “*U-Space*”, que consistía en el acceso al nivel bajo del espacio aéreo especialmente en zonas urbanas¹³³.

El *U-Space* necesita que se desarrollen nuevos servicios y procedimientos específicos que sirvan de soporte a la seguridad, eficiencia y acceso seguro al espacio aéreo para un gran número de UAS, como por ejemplo son: el registro, identificación electrónica, geolocalización, aprobación de vuelos,

¹²⁹ Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (A)), p. 4, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³⁰ Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (A)), p. 4, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³¹ Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (A)), p. 4, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³² Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (B)), p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³³ Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (A)), p. 12, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

rastreo, etc. Existe un borrador de cómo sería el *U-Space* que se ha incorporado en el Master Plan del ATM (*Air traffic management*), que fue adoptado a finales del 2017.

47. Es necesario que las condiciones reflejadas en las propuestas de modificación del Reglamento Básico (NPA) y las condiciones de desarrollo del *U-Space* sean coherentes teniendo en cuenta que la fecha prevista de implementación del *U-Space* es el año 2019, lo cual no parece que vaya a ser posible, pues, aunque se adoptó en el 2017, el proyecto de implementación del *U-Space* era y es muy ambicioso.

En este sentido, en términos de requisitos operacionales o servicios necesarios no existen diferencias entre el NPA y el U1 del *U-Space*, que es el primer nivel que debe superarse hasta llegar al funcionamiento pleno del *U-Space*¹³⁴. Existen cuatro niveles del *U-Space*, para conseguir la completa integración de los drones en el *U-Space*, donde el primer nivel U1, consistiría en la realización de los servicios fundamentales para el *U-Space* como son el registro electrónico, la identificación electrónica y la geolocalización¹³⁵.

48. Para que sea posible el desarrollo del *U-Space* es necesario una separación del espacio aéreo. Aunque los UAS ya existan como consecuencia de las nuevas tecnologías, es fundamental eliminar la falta de regulación que no permite volar los UAS de una manera autónoma como los destinados a la entrega de paquetería, particularmente en áreas urbanizadas densamente pobladas. La regulación es crucial para asegurar la eficiencia, ya que, aunque la FAA quiere modificar la regulación para abrir el mercado, otros países como ocurre con los Estados miembros de la EASA son reacios a hacerlo hasta que la tecnología mejore, aunque esto ha cambiado a raíz del Reglamento (UE) 2018/1139. En cualquier caso, si no existe una separación adecuada del espacio aéreo, una gran cantidad de drones, autónomos o controlados por control remoto, constituye un peligro potencial¹³⁶.

Con el objetivo de que los drones puedan volar con el resto de aeronaves es necesario realizar una separación tanto horizontal como vertical entre¹³⁷: (a) UAS y UAS; (b) UAS y aeronaves tripuladas bajo las reglas de vuelo mediante instrumentos o IFR (*Instrument flight rules*); (c) UAS y aeronaves tripuladas bajo reglas de vuelo visuales o VFR (*Visual flight rules*).

Las reglas de vuelo existentes, tanto la IFR como la VFR están pensadas para aeronaves tripuladas. Así que es necesario integrar a las aeronaves no tripuladas en el espacio aéreo que se divide en: nivel muy bajo del espacio aéreo (*VLL-Very Low Level airspace*) por debajo de 150 m o 500 pies; el espacio aéreo “clásico” (“*classical*” *airspace*) que estaría entre 500 y 600 pies; y el nivel muy alto del espacio aéreo (*VLL-Very High Level airspace*) que estaría por encima de 180 m o 600 pies¹³⁸.

Por lo tanto, el uso de los UAS en todas las áreas posibles del espacio aéreo es algo que preocupa a la Dirección del Tráfico Aéreo o ATM (*Air traffic management*)¹³⁹. De manera que la propuesta es

¹³⁴ Como todavía no se ha establecido cómo se van a implementar los servicios del *U-space*, todavía no se conocen más diferencias entre el NPA y el *U-Space* (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*) (NPA 2017-05 (A)), pp. 127-128, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³⁵ Para ver en detalle cuáles serían aproximadamente los requisitos que se tendrían que cumplir en las distintos niveles del *U-Space*, esto es en el U1, U2, U3 y U4, *Vid. Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*) (NPA 2017-05 (B)), p. 42, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³⁶ “Unmanned Aerial Vehicles - The Economic Case for Drones”, editor MarketLine, a Progressive Digital Media business, London, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland, 6 de enero de 2014, p. 2

¹³⁷ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*) (NPA 2017-05 (B)), p. 40, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³⁸ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*) (NPA 2017-05 (B)), p. 40, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹³⁹ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*) (NPA 2017-05 (B)), p. 41, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

que las UAS navegarían por un nivel muy bajo del espacio aéreo (*VLL-Very Low Level airspace*), que estaría en 150 m o 500 pies. Sin embargo, de acuerdo con el SERA (*Standardised European Rules of the Air*), las operaciones conducidas por debajo de 150 m. requieren un permiso de la autoridad competente excepto cuando se realice el despegue o el aterrizaje. Así que incluso, aunque las operaciones de las aeronaves tripuladas sean menores porque sólo realizan el despegue y el aterrizaje en este estrato del espacio aéreo, éste no puede ser considerado un espacio dedicado a los UAS¹⁴⁰. Por lo tanto, es necesario modificar el SERA, para que sea posible la integración de los UAS, sin que se reduzca la seguridad de los otros usuarios del espacio aéreo.

49. Las próximas acciones van a estar orientadas a organizar el tráfico aéreo de los UAS, de manera que éstos puedan volar en áreas de tráfico intenso por debajo de 150 m (*VLL airspace*), por ejemplo, para que puedan realizar operaciones de entrega de paquetería en un futuro próximo, incrementándose los riesgos¹⁴¹. En EEUU, la NASA y la FAA han establecido una asociación para conseguir progresos en la materia. En este sentido la organización del tráfico aéreo de los UAS suscita un particular interés tanto para los proveedores de servicios de navegación clásicos o ANSPs (*Air navigation service providers*), como para los proveedores de servicios de telecomunicaciones móviles¹⁴². Mientras que La EASA, por su parte, junto con otros organismos ha establecido el plan para el desarrollo del conocido como *U-Space*, que también establece que la altura de vuelo de los drones tiene que estar en 150 m.

Finalmente, los gobiernos están preocupados por el costo político de los drones. La integración total de los drones tanto comercialmente como en el espacio aéreo, provocaría problemas de privacidad y de seguridad, puesto que es posible su utilización tanto para realizar grabaciones como para sea convertido en armamento¹⁴³.

4. La marca CE (*CE-marking*)

50. Con el objetivo de que el desarrollo del mercado de los drones beneficie a los operadores económicos de la Unión Europea, los requisitos de diseño para UAS pequeños, de hasta 25 kg se implementarán mediante el uso de la conocida como marca CE (“Conforme Europa”) para productos comercializados en Europa. El operador encontrará en cada uno de estos drones dependiendo de si es clasificado como C1, C2, C3 o C4, una información con qué puede o no puede hacer con el dron para no poner en peligro a las personas.

Por lo tanto, la regulación propuesta en cuanto a los requisitos para que los UAS obtengan la marca CE se va aplicar a los UAS diseñados para operar en la categoría abierta¹⁴⁴.

51. En la Propuesta de la EASA se señala que la regulación relativa a implementación de la marca CE, aparecerá como un Anexo, concretamente el Anexo II, del Reglamento Básico, bajo el título *Part-MRK*¹⁴⁵. Asimismo, se establece que el Anexo o Apéndice II, *Part-Mark*, donde se especifican los

¹⁴⁰ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 41, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

¹⁴¹ En este sentido, en zonas de población también es posible el impacto de un dron con un helicóptero que aterriza o despegue de edificios o de hospitales (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 40, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)).

¹⁴² M. FINGER/ N. BERT/ D. KUPFER (editores), “Regulating Drones –Creating European Regulation that is smart and proportionate”, *Florence School of Regulation – Transport (European University Institute)*, n° 3, 2015, p. 9.

¹⁴³ A. VACCA/ H. ONISHI, “Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required”, *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 53; J. KOHLER, “The Sky is the Limit: FAA Regulations and the Future of Drones”, *Colorado Technology Law Journal* 151, volumen 15, n° 1, 2017, p. 179.

¹⁴⁴ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (A)), p. 18, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018)

¹⁴⁵ El Reglamento Básico en el momento de la realización de la Propuesta de la EASA, en el año 2017, era el Reglamento

requisitos para que los drones obtengan la marca CE; junto con el Anexo o Apéndice I, denominado *Part-UAS*, donde se recogen las tres categorías de drones propuestas por la EASA; conformarían la nueva legislación armonizada de la Unión Europea cuando se trata de drones que operan en la categoría abierta, pero también la comprenden otras reglas que son aplicables a los drones, como es el caso de la Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos¹⁴⁶.

52. La armonización de la legislación para que determinados tipos de UAS obtengan la marca CE se ha hecho de acuerdo con los requisitos de la Decisión 768/2008/CE sobre un marco común para la comercialización de los productos; y teniendo en cuenta los mecanismos de vigilancia del mercado para la comercialización de productos señalados en la normativa complementaria a dicha Decisión, que es el Reglamento 765/2008¹⁴⁷. Por lo tanto, en la regulación para la obtención de la marca CE se ha puesto especial atención a estos aspectos¹⁴⁸:

- (a) La responsabilidad de la compañía que fabrica el producto que está disponible en el mercado;
- (b) La conformidad del producto con los requisitos que se exigen y, en particular la conformidad con los procedimientos;
- (c) La notificación de los agentes, y las condiciones establecidas, para los agentes que realizan la evaluación de la conformidad;
- (d) Las condiciones de supervisión del mercado, como por ejemplo que un UAS pueda ser retirado del mercado.

V. El Reglamento (UE) 2018/1139

53. El nuevo Reglamento (UE) 2018/1139, al igual que su antecesor el Reglamento (CE) 216/2008, establece las normas comunes en el ámbito de la aviación civil que deben respetar los Estados miembros, con el objetivo principal de establecer y mantener un nivel elevado y uniforme de seguridad en la aviación civil en la Unión¹⁴⁹.

Otra de las cuestiones que recoge el Reglamento 2018/1139 es la creación de una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea independiente, denominada de forma abreviada en el Reglamento como “Agencia”¹⁵⁰. La Agencia, creada por el Reglamento (CE) 1592/2002 dentro de la estructura institucional y del equilibrio de poderes de la Unión, es independiente en asuntos técnicos y dispone de autonomía jurídica, administrativa y financiera, habiendo recibido más competencias a raíz

216/2008, pero tras la nueva regulación que entró en vigor el 11 de septiembre del 2018, cuando se hace referencia al Reglamento Básico, se está aludiendo al Reglamento 2018/1139.

¹⁴⁶ Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, DO núm. L 153, 22 mayo 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE.

¹⁴⁷ Decisión núm. 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, DO núm. L 218, 13 agosto 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo; Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, DO núm. 218, 13 agosto 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93.

¹⁴⁸ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (A): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones: Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (A)), p. 19, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018)

¹⁴⁹ Precepto 1.1 Reglamento (UE) núm. 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, DO núm. L 212, 22 agosto 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2111/2005, (CE) núm. 1008/2008, (UE) núm. 996/2010, (CE) núm. 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) núm. 552/2004 y (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo.

¹⁵⁰ Precepto 1.3.e) Reglamento (UE) 2018/1139.

de la entrada en vigor del Reglamento (CE) 216/2008¹⁵¹. Sin embargo, deben realizarse ciertos ajustes en su estructura y funcionamiento para que pueda desempeñar mejor las nuevas tareas asignadas en virtud del nuevo Reglamento (UE) 2018/1139¹⁵².

De conformidad con el sistema institucional de la Unión, la aplicación del Derecho de la Unión es competencia fundamentalmente de los Estados miembros. Así pues, las funciones de certificación, supervisión y ejecución establecidas por el Reglamento (UE) 2018/1139, y por los actos delegados y de ejecución adoptados en virtud del mismo, deben en principio ser realizadas a escala nacional por una o más autoridades nacionales competentes de los Estados miembros¹⁵³. Sin embargo, en ciertos casos claramente definidos, debe otorgarse también a la Agencia la facultad de desempeñar dichas funciones¹⁵⁴. En estos casos, debe facultarse a la Agencia también, para adoptar las medidas necesarias en materia de explotación de aeronaves, cualificación del personal de vuelo o uso de las aeronaves de terceros países, siempre que este sea el mejor medio para garantizar la uniformidad y facilitar el funcionamiento del mercado interior¹⁵⁵.

La Agencia asistirá a la Comisión en la preparación de propuestas de modificación del Reglamento (UE) 2018/1139, y de actos delegados y de ejecución, que se vayan a adoptar en su virtud. Esto se producirá previa petición la Comisión y los documentos que la Agencia presente a la Comisión con estos fines adoptarán la forma de dictámenes¹⁵⁶. Además, la Agencia debe poder emitir especificaciones de certificación y documentación orientativa junto con otras especificaciones detalladas y documentación orientativa, así como elaborar conclusiones técnicas y expedir certificados o registrar declaraciones según sea el caso¹⁵⁷. En este sentido, la Propuesta de la EASA estudiada anteriormente será especialmente relevante, como consecuencia del papel que realiza la Agencia como asistente de la Comisión.

Además, en el Considerando (68) del Reglamento (UE) 2018/1139 se establece que los Estados miembros deben ser consultados cuando la Agencia desarrolle proyectos de normas de carácter general que deban aplicar las autoridades nacionales, tal y como ha venido haciendo la Agencia con anterioridad. Asimismo, debe consultarse a las partes interesadas, incluidos los agentes sociales de la Unión, cuando las normas puedan tener implicaciones sociales importantes, como por ejemplo cuando se aborda la regulación de los drones destinados al transporte de personas o cosas o, al aeromodelismo¹⁵⁸.

¹⁵¹ Reglamento (CE) núm. 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2002, (DO núm. L 240 de 7 septiembre 2002, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea; Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, DO núm. L 79, 19 marzo 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. En estos dos Reglamentos, la denominación completa de la Agencia era Agencia Europea de Seguridad Aérea, es decir EASA, por su nombre en inglés *European Aviation Safety Agency*. Sin embargo, debe observarse que en el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139, la Agencia recibe una denominación diferente, adaptándose a los cambios producidos desde que se creara la Comunidad Económica Europea (CEE), que no es otro que Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea.

¹⁵² Considerando (51) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁵³ Considerando (52) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁵⁴ En el Capítulo V del Reglamento (UE) 2018/1139 se recogen todas las normas relativas a la Agencia. Así, en la Sección I (arts. 75-93) se establecen las funciones de la Agencia; en la Sección II (arts. 94-114) se explica la estructura interna; en la Sección III (arts. 115-120) se abordan los métodos de trabajo; y en la Sección IV (arts. 121-126) se señalan los requisitos financieros.

¹⁵⁵ Considerando (52) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁵⁶ Art. 76 Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁵⁷ Considerando (53) Reglamento (UE) 2018/1139. En este sentido, el Considerando (54) señala textualmente: “*Los sistemas globales de navegación por satélite («GNSS», por las siglas en inglés de global navigation satellite systems), y en particular el programa Galileo de la Unión, establecido por el Reglamento (UE) n.º 1285/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo desempeñarán un papel central en la aplicación de un sistema europeo para la gestión del tránsito aéreo. A este respecto debe aclararse que los servicios que mejoran las señales emitidas por satélites de las constelaciones de base del GNSS con fines de navegación aérea, como los prestados por el operador del sistema europeo de navegación por complemento geoestacionario (EGNOS, por las siglas en inglés de European Geostationary Navigation Overlay Service) y otros proveedores, deben considerarse como servicios de GTA/SNA. La Agencia también debe estar facultada para desarrollar las especificaciones técnicas necesarias y para certificar organizaciones que presten servicios paneuropeos de GTA/SNA, como el proveedor de servicios de EGNOS, para garantizar un nivel elevado y uniforme de seguridad, interoperabilidad y eficiencia operativa*”. Otros aspectos importantes para comprender el funcionamiento de la Agencia son recogidos entre los Considerandos (55) y (74).

¹⁵⁸ Considerando (68) Reglamento (UE) 2018/1139.

Por otro lado, la Agencia y las autoridades nacionales competentes deben cooperar para mejorar la detección de los fallos de seguridad y adoptar las medidas correctoras pertinentes. Más concretamente, los Estados miembros deben tener la facultad de reasignarse entre sí o a la Agencia las responsabilidades en cuanto a certificación, supervisión y ejecución, especialmente cuando sea necesario para mejorar la seguridad o permitir un uso más eficiente de los recursos¹⁵⁹. Tal y como se señala en el Considerando (37): “*Dicha reasignación debe ser voluntaria, ejecutarse solo cuando haya suficientes garantías de que esas tareas pueden realizarse eficazmente y, teniendo en cuenta la estrecha relación entre la certificación, la supervisión y la ejecución, cubrir necesariamente a todas esas responsabilidades respecto de la persona física o jurídica, la aeronave, los equipos, el aeródromo, el sistema o el componente de GTA/SNA afectado por la reasignación*”. También se señala al respecto que la reasignación de responsabilidades debe realizarse con el consentimiento mutuo, teniendo la posibilidad de revocar la reasignación y realizando acuerdos que determinen los detalles necesarios para garantizar una transición adecuada, así como el mantenimiento de la realización efectiva de las tareas de que se trate¹⁶⁰. Además, cuando se celebren estos acuerdos detallados, deberá tenerse en cuenta las opiniones y los intereses legítimos de las personas jurídicas o físicas de que se trate y, en su caso, las opiniones de la Agencia¹⁶¹.

Por último, en lo relativo a la Agencia, debe perseguirse la participación de terceros países europeos para garantizar la mejora de la seguridad de la aviación civil en toda Europa¹⁶². Así pues, los terceros países europeos que hayan celebrado acuerdos internacionales con la Unión Europea para adoptar y aplicar el acervo de la misma en el ámbito cubierto por el Reglamento (UE) 2018/1139, deben participar en la labor de la Agencia, de acuerdo a las normas y los procedimientos que se establezcan en el marco de los citados acuerdos¹⁶³.

54. El nuevo Reglamento (UE) 2018/1139 provoca la derogación del Reglamento (CE) 216/2008 desde el 10 de septiembre de 2018, porque tiene el mismo ámbito de aplicación, aunque una compleja disposición transitoria recogida en el art. 140 implicará una eficacia escalonada, en distintas fechas, de este instrumento internacional¹⁶⁴.

Los cambios derivados del Reglamento 2018/1139 también repercuten en la aplicación de otros actos de la legislación de la Unión. Así, el Reglamento (UE) núm. 2018/1139 también modifica los Reglamentos (CE) núm. 2111/2005, (CE) núm. 1008/2008, (UE) núm. 996/2010, (CE) núm. 376/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo:

- (a) Ha de ser modificado el Reglamento (CE) núm. 2111/2005, relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Considerando (37) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁶⁰ Considerando (37) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁶¹ Considerando (37) Reglamento (UE) 2018/1139. En los arts. 64 a 66, y en los Considerandos (37) a (41) se recogen aspectos más detallados sobre cómo debe realizarse la reasignación de responsabilidades entre los Estados miembros entre sí o a la Agencia, y más concretamente con respecto de la reasignación de tales responsabilidades entre la Agencia y los Estados miembros, el Considerando (41) señala al respecto que: “*Dado que la cooperación entre la Agencia y las autoridades nacionales competentes es esencial para garantizar un nivel elevado y uniforme de seguridad en la Unión, en los casos en que las autoridades nacionales competentes reasignen a la Agencia las tareas de certificación, supervisión y ejecución con respecto a organizaciones que posean una proporción significativa de instalaciones y personal repartida en más de un Estado miembro, esta reasignación no debe poner en riesgo la sostenibilidad de las autoridades nacionales competentes en términos de conocimientos, capacidades, recursos y viabilidad económica, ni debe generar formas de competencia entre la Agencia y las autoridades nacionales competentes, ni afectar a la independencia de la Agencia cuando lleve a cabo inspecciones de normalización con el fin de verificar la aplicación uniforme del presente Reglamento*”.

¹⁶² Considerando (81) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁶³ Considerando (81) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁶⁴ Considerando (82) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁶⁵ Reglamento (CE) núm. 2111/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005, DO núm. L 344, 27 diciembre 2005, relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora, y por el que se deroga el artículo 9 de la Directiva 2004/36/CE.

En este sentido, el Reglamento anterior, el Reglamento (CE) 216/2008 modifica el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo, puesto que suprime el anexo III (Requisitos técnicos y procedimientos administrativos comunes aplicables al transporte comercial por avión), a partir de la entrada en vigor de las medidas destinadas a modificar los elementos no esenciales de las operaciones aéreas, contempladas en el precepto 8.5 del Reglamento (CE) núm. 216/2008¹⁶⁶. Las medidas pendientes de adopción son las que establecen los requisitos de limitaciones del tiempo de vuelo y descanso relativas al taxi aéreo, los servicios médicos de urgencia y las operaciones de transporte aéreo comercial con un solo piloto. Las demás disposiciones contenidas en el Reglamento (CEE) núm. 3922/91, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil, han quedado obsoletas. Así que debe quedar derogado el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 desde la fecha en que se empiecen a aplicar aquellas medidas pendientes de adopción¹⁶⁷.

Sin embargo, el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 también crea el “Comité de Seguridad Aérea de la UE”, en el sentido del Reglamento (UE) núm. 182/2011, y dicho comité asiste también a la Comisión en el contexto del Reglamento (CE) núm. 2111/2005, relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad¹⁶⁸. Se debe, por tanto, modificar el Reglamento (CE) núm. 2111/2005 para que, a efectos de dicho Reglamento, dicho Comité continúe asistiendo a la Comisión incluso tras la derogación del Reglamento (CEE) núm. 3922/91.

- (b) También debe modificarse el Reglamento (CE) núm. 1008/2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, para que contemple la posibilidad prevista por el presente Reglamento de que la Agencia pueda ser la autoridad competente para la expedición y supervisión de los certificados de operador aéreo, posibilidad que no existía anteriormente¹⁶⁹.
- (c) Se modifican también el Reglamento (UE) núm. 996/2010, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y el Reglamento (UE) núm. 376/2014, relativo a la notificación de sucesos en la aviación civil¹⁷⁰. Concretamente, las autoridades responsables de las investigaciones de seguridad deben poder decidir, teniendo en cuenta los conocimientos que se esperan extraer en cuanto a la mejora de la seguridad de la aviación, no iniciar una investigación de seguridad cuando un accidente o incidente grave esté relacionado con una aeronave no tripulada. Ahora bien, es necesario que se cumplan dos

¹⁶⁶ Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, DO núm. L 373, 31 diciembre 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil.

¹⁶⁷ Considerando (84) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁶⁸ El Reglamento (UE) núm. 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 (DO núm. L 55, 28 febrero 2011) por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, tiene como objetivo establecer las normas y principios generales que regulan los mecanismos aplicables en los casos en que un acto jurídicamente vinculante de la Unión, determine la necesidad de condiciones uniformes de ejecución y requiera que la adopción de actos de ejecución por la Comisión esté sometida al control de los Estados miembros (art. 1).

¹⁶⁹ Reglamento (CE) núm. 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, DO núm. L 293, 31 octubre 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. El Considerando (86) del Reglamento (UE) 2018/1139 señala en relación con la modificación del Reglamento (CE) núm. 1008/2008: “Además, dada la importancia creciente de las compañías aéreas que cuentan con bases operativas en varios Estados miembros, lo que implica que la autoridad competente para expedir las licencias de explotación y la autoridad competente para expedir los certificados de operador aéreo ya no tienen que ser necesariamente idénticas, surge la necesidad de reforzar la supervisión eficaz de esas compañías aéreas. Por lo tanto, debe modificarse el Reglamento (CE) núm. 1008/2008 para asegurar una estrecha cooperación entre las autoridades responsables para la supervisión de los certificados de operador aéreo y de las licencias de explotación, respectivamente”.

¹⁷⁰ Reglamento (UE) núm. 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, DO núm. L 295, 12 noviembre 2010, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y por el que se deroga la Directiva 94/56/CE; Reglamento (UE) núm. 376/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, DO núm. L 122, 24 abril 2014, relativo a la notificación de sucesos en la aviación civil, que modifica el Reglamento (UE) núm. 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan la Directiva 2003/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) núm. 1321/2007 y (CE) núm. 1330/2007 de la Comisión.

condiciones: que no se requiera un certificado, ni una declaración en virtud del Reglamento (UE) 2018/1139; y que nadie haya sufrido lesiones graves o mortales. En este caso, los certificados y declaraciones son los relacionados con el cumplimiento del diseño de las aeronaves no tripuladas de los requisitos aplicables bajo supervisión de la Agencia¹⁷¹. Esto es importante porque las aeronaves no tripuladas suelen estar involucradas en incidentes, así que en muy pocos casos han provocado incidentes serios o accidentes, y en ningún caso accidentes mortales, tal y como se establece en la Propuesta de la EASA tras un estudio de los accidentes provocados por drones entre los años 2012 y 2016¹⁷². Esta flexibilidad de las autoridades responsables de las investigaciones de seguridad debe aplicarse desde el momento de entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 2018/1139, siendo precisamente la flexibilidad una de las características fundamentales de este Reglamento, como se podrá comprobar tras el análisis de otros preceptos de dicho instrumento internacional.

55. Por otro lado, dado que las normas necesarias para la interoperabilidad de la red europea de gestión del tráfico aéreo (REGTA), están o bien contenidas en el Reglamento (UE) 2018/1139, o bien lo estarán en actos delegados o de ejecución adoptados en base al mismo, debe derogarse el Reglamento (CE) núm. 552/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, denominado Reglamento de interoperabilidad¹⁷³. Sin embargo, hasta la adopción y puesta en vigor de los actos delegados y de ejecución necesarios, no se podrá derogar el Reglamento (CE) 552/2004, como sucede con el Reglamento (CE) 216/2008¹⁷⁴.

Por lo tanto, los actos de ejecución adoptados en virtud del Reglamento (CE) núm. 552/2004, deben, por tanto, seguir siendo aplicables, en particular los Reglamentos (CE) núm. 1033/2006, (CE) núm. 1032/2006, (CE) núm. 633/2007, (CE) núm. 262/2009, (CE) núm. 29/2009, (UE) núm. 73/2010, de la Comisión; y los Reglamentos de Ejecución (UE) núm. 1206/2011, (UE) núm. 1207/2011 y (UE) núm. 1079/2012 de la Comisión¹⁷⁵. De la misma manera, que determinados artículos del Reglamento

¹⁷¹ Considerando (85) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁷² “Extract from the Safety Risk Portfolio”, *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 58, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018). Si bien es cierto, que las autoridades nacionales suelen evitar los accidentes graves relacionados con los drones, tal y como ha quedado de manifiesto en los sucesos ocurridos en los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019, en los aeropuertos de Gatwick y Heathrow, donde la presencia de un dron ha provocado la suspensión de los vuelos. Efectivamente, ninguna persona ha sufrido lesiones graves o mortales, porque se ha evitado el impacto del dron sobre cualquier aeronave, pero los daños económicos producidos por la paralización de un aeropuerto son cuantiosos (R. DE MIGUEL, “Cancelados todos los vuelos en Gatwick por la interferencia “deliberada” de varios drones”, *El País*, 21 diciembre 2018, disponible en línea en https://elpais.com/internacional/2018/12/20/actualidad/1545274386_639692.html (consultado el 21 de diciembre de 2018); “El aeropuerto londinense de Heathrow reanuda los vuelos tras el avistamiento de un dron”, *El País*, 8 enero 2019, https://elpais.com/internacional/2019/01/08/actualidad/1546969805_806965.html (consultado el 8 de enero de 2019).

¹⁷³ Reglamento (CE) núm. 552/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, DO núm. L 96 de 31 marzo 2004, relativo a la interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo.

¹⁷⁴ Considerando (83) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁷⁵ Reglamento (CE) núm. 1033/2006 de la Comisión, de 4 de julio de 2006, DO núm. L 186, 7 julio 2006, por el que se establecen los requisitos relativos a los procedimientos de los planes de vuelo en la fase de prevuelo para el cielo único europeo; Reglamento (CE) núm. 1032/2006 de la Comisión, de 6 de julio de 2006, DO núm. L 186 de 7 julio 2006, por el que se establecen requisitos para los sistemas automáticos de intercambio de datos de vuelo a efectos de notificación, coordinación y transferencia de vuelos entre dependencias de control del tránsito aéreo; Reglamento (CE) núm. 633/2007 de la Comisión, de 7 de junio de 2007, DO núm. L 146, de 8 junio 2007, por el que se establecen requisitos para la aplicación de un protocolo de transferencia de mensajes de vuelo utilizado a efectos de notificación, coordinación y transferencia de vuelos entre dependencias de control del tránsito aéreo; Reglamento (CE) núm. 262/2009 de la Comisión, de 30 de marzo de 2009, DO núm. L 84 de 31 marzo 2009, por el que se establecen requisitos para la atribución y utilización coordinadas de los códigos de interrogador en modo S para el cielo único europeo; Reglamento (CE) núm. 29/2009 de la Comisión, de 16 de enero de 2009, DO núm. L 13, 17 enero 2009, por el que se establecen requisitos relativos a los servicios de enlace de datos para el cielo único europeo; Reglamento (UE) núm. 73/2010 de la Comisión, de 26 de enero de 2010, DO núm. L 23, 27 enero 2010, por el que se establecen requisitos relativos a la calidad de los datos aeronáuticos y la información aeronáutica para el cielo único europeo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1206/2011 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2011, DO núm. L 305, 23 noviembre 2011, por el que se establecen los requisitos en materia de identificación de aeronaves para la vigilancia del cielo único europeo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1207/2011 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2011, DO núm. L 305, 23 noviembre 2011, por el que se establecen los requisitos de rendimiento e interoperabilidad de la vigilancia del cielo único europeo; Reglamento

(CE) núm. 552/2004 y sus anexos, deben también seguir siendo aplicables hasta la fecha de aplicación de los actos delegados y de ejecución afectados¹⁷⁶.

56. Asimismo, en los arts. 137 y 138 del Reglamento 2018/1139 se modifican las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética, y la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, respectivamente¹⁷⁷.

En primer lugar, debe garantizarse, con respecto a aeronaves distintas a las aeronaves no tripuladas, así como para los motores, hélices, componentes y equipos no instalados asociados a aeronaves distintas de las aeronaves no tripuladas, que todos estos equipos de aviación sigan estando excluidos del ámbito de aplicación de estas Directivas¹⁷⁸.

En segundo lugar, las aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes y equipos no instalados deben quedar también excluidos del ámbito de aplicación de estas Directivas, pero únicamente desde el momento y en la medida en que el diseño de las aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes y equipos no instalados estén certificados por la Agencia de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2018/1139. En este caso, estarían sujetos a los requisitos esenciales relativos a la compatibilidad electromagnética y al espectro radioeléctrico, así que el cumplimiento de estos requisitos debe evaluarse y garantizarse como parte de las normas en materia de certificación, supervisión y ejecución contempladas en el Reglamento (UE) 2018/1139¹⁷⁹.

Sin embargo, la exclusión de estos equipos de aviación del ámbito de aplicación de las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE debe afectar solo a los equipos de aviación incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139, que están destinados exclusivamente al uso aeronáutico en frecuencias aeronáuticas protegidas. Por lo tanto, los equipos destinados a controlar a distancia aeronaves no tripuladas, así como los equipos destinados a un uso aeronáutico, pero también a otros usos determinados, no están excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE; en cuyo caso, estarían sujetos tanto a las normas del Reglamento (UE) 2018/1139 como de las Directivas¹⁸⁰.

1. Ámbito de aplicación

A) Comparativa con el Reglamento (CE) 216/2008 y el Real Decreto 1036/2017

57. El ámbito de aplicación del Reglamento anterior, el Reglamento (CE) 216/2008, son las aeronaves no tripuladas cuya masa máxima en el despegue sea superior a los 150 kg. Sin embargo, esta exclusión ya no se mantiene en el Reglamento (UE) 2018/1139, pues el Considerando (26) señala que: *“Dado que las aeronaves no tripuladas también operan dentro del espacio aéreo junto con las aeronaves tripuladas, el presente Reglamento debe abarcar las aeronaves no tripuladas, independientemente de su masa operativa”*. Tal y como se recogía en la Propuesta de la EASA, las tecnologías de las aeronaves no tripuladas actualmente realizan una amplia gama de operaciones, y se espera que sea mayor en un futuro próximo, que deben ser objeto de normas que sean proporcionales al riesgo de la operación o del tipo de operación en concreto, y no de normas rígidas en función del peso de la aeronave no tripulada.

de Ejecución (UE) núm. 1079/2012 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2012, DO núm. L 320, 17 noviembre 2012, por el que se establecen requisitos de separación entre canales de voz para el Cielo Único Europeo.

¹⁷⁶ Considerando (83) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁷⁷ Directiva 2014/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, DO núm. L 96, 29 marzo 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética; Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, DO núm. L 153, 22 mayo 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE.

¹⁷⁸ Considerando (87) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁷⁹ Considerando (87) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁸⁰ Considerando (87) Reglamento (UE) 2018/1139.

Sin embargo, resulta paradójico que el Reglamento (UE) 2018/1139 se aplique a todas las aeronaves no tripuladas, pero se excluya de su ámbito de aplicación a las aeronaves tripuladas con masa inferior a 70 kg, tal y como se recoge en el Anexo I¹⁸¹.

Tampoco contempla el Reglamento (UE) 2018/1139, a diferencia del Reglamento (CE) 216/2008 (letra b) del Anexo II), la exclusión de su ámbito de aplicación de las aeronaves no tripuladas específicamente diseñadas o modificadas para la investigación o para propósitos de experimentación o científicos, y que puedan producirse en número muy limitado –esto es las aeronaves no tripuladas destinadas a operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales-; aunque siguen estando excluidas este tipo de aeronaves en el caso de que sean tripuladas (letra b) apartado 1 del Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1139).

Sin embargo, se mantiene la exclusión de aquellas aeronaves que: “*lleven a cabo actividades o servicios militares, de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, control fronterizo, vigilancia costera o similares, bajo el control y la responsabilidad de un Estado miembro, emprendidas en el interés general por un organismo investido de autoridad pública o en nombre de este*”, teniendo en cuenta que los Estados miembros garantizarán que las actividades y servicios realizados por dichas aeronaves se realizan teniendo en cuenta los objetivos de seguridad del Reglamento, y que cuando sea necesario, dichas aeronaves estarán separadas del resto de aeronaves de forma segura¹⁸².

58. El Reglamento (UE) 2018/1139 amplía su ámbito de aplicación a las aeronaves no tripuladas con independencia de su masa máxima al despegue, a diferencia del Reglamento (CE) 216/2008 que excluía de su ámbito de aplicación a las aeronaves cuya masa máxima al despegue es inferior a 150 kg (letra i) del Anexo II)¹⁸³.

Por lo tanto, en relación a las aeronaves no tripuladas con masa máxima en el despegue inferior a 150 kg, el Reglamento (UE) 2018/1139 coincide en su ámbito de aplicación con el Real Decreto 1036/2017. Así que, en principio, el Real Decreto 1036/2017 queda desplazado en relación con las aeronaves de masa inferior a 150 kg que no efectúen actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares con la norma europea¹⁸⁴. De manera, que el Real Decreto 1036/2017 no va a ser de aplicación a las aeronaves no tripuladas destinadas a la realización de operaciones especializadas distintas de las arriba mencionadas, –esto es, las no desarrolladas con fines públicos-, y a la ejecución de vuelos experimentales; cuando son precisamente estos dos tipos de operaciones realizados con aeronaves no tripuladas, el objetivo fundamental de este Real Decreto 1036/2017.

En principio, el Real Decreto 1036/2017 no se aplicaría a las aeronaves no tripuladas indicadas, porque existen autores con los que se debe estar de acuerdo, que consideran que efectivamente constituye una regulación de mínimos, que se contiene fundamentalmente en la Sección VII (Aeronaves no tripuladas) del Capítulo III (Requisitos sustantivos), arts. 55 a 58 y Anexo IX (Requisitos esenciales para aeronaves no tripuladas), que será posteriormente desarrollada mediante actos delegados y de ejecución¹⁸⁵. Sin embargo, dichos autores señalan que es posible una regulación nacional adicional y concurrente, al establecer en el art. 56 apartado final, el 8 concretamente, que “*La presente sección se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros promulguen normas nacionales para someter a determinadas condiciones la operación de aeronaves no tripuladas por razones ajenas*

¹⁸¹ El Anexo I Reglamento (UE) 2018/1139 señala las aeronaves excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, porque suponen un riesgo para la seguridad aérea, siempre que no se les haya expedido un certificado conforme al Reglamento anterior, el Reglamento (CE) 216/2008 (precepto 2.3.d) Reglamento (UE) 2018/1139). *Vid.* E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 123.

¹⁸² Precepto 2.3.a) y párrafo penúltimo del precepto 2.3 Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁸³ El Anexo II Reglamento (CE) 216/2008 señala las aeronaves excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (precepto 4.4 Reglamento (CE) 216/2008). *Vid.* E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 124.

¹⁸⁴ E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 124.

¹⁸⁵ E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 124.

al ámbito de aplicación del presente Reglamento, en particular por razones de seguridad pública o de protección de la privacidad y de los datos personales con arreglo al Derecho de la Unión”.

En mi opinión, este apartado situado al final del artículo 56, que recoge la “*Conformidad de las aeronaves no tripuladas*”, no debería ser un resquicio legal para el desarrollo de normas nacionales por parte de los Estados miembros, porque: en primer lugar, toda la normativa, el Reglamento 2018/1139, constituye una regulación muy básica, pero tanto para las aeronaves no tripuladas, como para las aeronaves tripuladas; en segundo lugar, se han excluido siempre de la regulación relativa a la navegación aérea, tal es el caso del Reglamento (CE) 216/2008, por supuesto, todos los aspectos de seguridad pública, pero también aquellos relacionados con la privacidad y los datos personales; y, en tercer lugar, no tendría sentido desarrollar una normativa europea para conseguir la uniformidad en la regulación de las aeronaves no tripuladas, para que posteriormente los Estados miembros, acogidos a dicho precepto, desarrollaran cada uno su propia normativa al respecto, que fuese diferente entre ellos. En relación con este último aspecto, es evidente que el legislador europeo con la redacción del Reglamento 2018/1139 pretende que todas las aeronaves no tripuladas sean objeto de normas uniformes bajo el paraguas de dicha norma, y no de regulaciones nacionales, puesto que, entre los tipos de aeronaves excluidas de su ámbito de aplicación recogidas en el Anexo I, no se encuentran las aeronaves no tripuladas, y tampoco entre las clases de aeronaves sobre las que un Estado miembro puede decidir eximir del cumplimiento del Reglamento 2018/1139, en virtud de su precepto 2.8.

59. En relación con las aeronaves no tripuladas destinadas a uso deportivo o recreativo, el Reglamento (UE) 216/2008, contempla la exclusión de su ámbito de aplicación a todo tipo de aeronaves “*que hayan sido construidas por lo menos en un 51 % por un aficionado o una asociación de aficionados sin fines de lucro, para sus propios fines y sin objetivo comercial alguno*” (letra c) Anexo II). De manera, que las aeronaves no tripuladas de uso deportivo o recreativo son objeto de las regulaciones nacionales de los Estados miembros. Así en España, la regulación es fragmentaria y dispersa, contenida en parte en el Real Decreto 1036/2017, donde se establecen las obligaciones de los usuarios de las aeronaves pilotadas por control remoto de este tipo para que no interfieran y pongan en riesgo la seguridad y la regularidad de las operaciones aéreas; pero también deben tenerse en cuenta las regulaciones provenientes de la Real Federación Aeronáutica de España, así como las especialidades que sobre la materia puedan establecer las Comunidades Autónomas o las Corporaciones locales¹⁸⁶.

Sin embargo, con el nuevo Reglamento, el Reglamento (UE) 2018/1139, sólo se excluyen en la letra c) apartado 1 del Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1139, a las aeronaves tripuladas que: “*incluidas las que se suministran en forma de equipo, que hayan sido construidas o montadas por lo menos en un 51 % por un aficionado o una asociación de aficionados sin ánimo de lucro, para sus propios fines y sin objetivo comercial alguno*”. El Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1139 señala las aeronaves tripuladas excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, porque suponen un riesgo bajo para la seguridad aérea, siempre que no se les haya expedido un certificado conforme al Reglamento anterior, el Reglamento (CE) 216/2008 (precepto 2.3.d) Reglamento (UE) 2018/1139). En consecuencia, en el Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1139, no se incluye ningún tipo de aeronave no tripulada, a diferencia de lo que señala el Anexo II de su antecesor el Reglamento (CE) 216/2008, y esto podría llevar a afirmar que el legislador del Reglamento (UE) 2018/1139 considera que las aeronaves no tripuladas suponen un riesgo para la seguridad aérea, tal y como se ha puesto de manifiesto a raíz de los últimos acontecimientos ocurridos en los aeropuertos de Gatwick y Heathrow.

No obstante, el Considerando (6) señala respecto del Reglamento 2018/1139 que: “*debe establecer una serie de nuevos instrumentos que apoyen la aplicación de normas sencillas y proporcionadas a la aviación deportiva y recreativa*”. Por lo que las medidas adoptadas para regular este tipo de aeronaves, que son un importante segmento del sector de la aviación, “*deben ser proporcionadas, rentables, flexibles y estar basadas en las mejores prácticas existentes en los Estados miembros*”¹⁸⁷. Por lo tanto, dado que es un segmento sujeto a las regulaciones nacionales de los Estados miembros, tales medidas deben introducirse oportunamente, en estrecha colaboración con los Estados miembros, de manera que

¹⁸⁶ E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 138.

¹⁸⁷ Considerando (6) Reglamento (UE) 2018/1139.

se eviten imponer cargas administrativas y financieras innecesarias para los fabricantes y los operadores¹⁸⁸. Luego el legislador europeo lo que pretende no es establecer normas rígidas para este segmento de actividad, sino todo lo contrario, pero eso sí con el objetivo de conseguir la uniformidad en la regulación de las aeronaves no tripuladas por parte de los Estados miembros.

Más concretamente en relación son los aviones de aeromodelismo, que son aquellos contruidos por aficionados, el Considerando (34) señala que estos son aeronaves no tripuladas a efectos del Reglamento (UE) 2018/1139 y se utilizan esencialmente para actividades de ocio. Así que los actos delegados y de ejecución referidos a aeronaves no tripuladas, adoptados en virtud del presente Reglamento, “*deben tener en cuenta que estos aviones de aeromodelismo cuentan hasta ahora con un buen historial en términos de seguridad, especialmente los manejados por miembros de asociaciones o clubes de aeromodelismo que han elaborado códigos de conducta específicos para estas actividades*”¹⁸⁹. Por lo tanto, al adoptar estos actos delegados y de ejecución, “*la Comisión deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una transición fluida desde los distintos sistemas nacionales al nuevo marco reglamentario de la Unión, de modo que los aviones de aeromodelismo puedan seguir funcionando como en la actualidad, y también deberá tener en cuenta las mejores prácticas existentes en los Estados miembros*”¹⁹⁰. Esto quiere decir que, tal y como se ha adelantado arriba, estas aeronaves no tripuladas que han sido tradicionalmente objeto de regulaciones nacionales por parte de los Estados miembros, pasan a entrar dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139. Sin embargo, como todavía no se ha desarrollado la normativa específica, mediante actos delegados y de ejecución, en el período de transición hasta su aplicación, las Federaciones deportivas, bajo las que operan la mayoría de este tipo de aeronaves no tripuladas, podrán ir adaptándose a la nueva normativa uniforme para todos los Estados miembros.

Uno de los nuevos instrumentos que ofrece el Reglamento (UE) 2018 para apoyar la aviación deportiva y recreativa es que las organizaciones que participan en el diseño y la producción de productos, componentes y equipos no instalados aeronáuticos puedan declarar el cumplimiento del diseño de los productos, componentes y equipos no instalados con las normas del sector pertinentes, cuando se considere que ello garantiza un nivel aceptable de seguridad. En definitiva, se van a poder realizar declaraciones respecto a las mismas, y no obligatoriamente, se van a tener que otorgar certificaciones¹⁹¹. Pero esta posibilidad va a estar limitada a los productos utilizados en la aviación deportiva y recreativa, y con sujeción a las limitaciones y condiciones adecuadas para garantizar la seguridad¹⁹².

60. En este sentido, el Considerando (23) señala que: “*los productos, componentes y equipos no instalados aeronáuticos, los aeródromos y sus equipos relacionados con la seguridad, los operadores de aeronaves y aeródromos y los sistemas, componentes y proveedores, GTA/SNA, así como los pilotos, los controladores de tránsito aéreo y las personas, los productos y las organizaciones que participen en su formación y reconocimiento médico*” deben obtener un certificado o licencia cuando se considere que cumplan los requisitos esenciales pertinentes o, si procede, los demás requisitos establecidos de conformidad con el Reglamento 2018/1139. Con el objeto de facilitar el proceso de certificación, y como en el Reglamento 2018/1139 no se ha explicado cómo debe realizarse dicho proceso, porque es un Reglamento básico, deben adoptarse las normas detalladas necesarias para la expedición de dichos certificados y, cuando proceda, las declaraciones que deban realizarse a tal efecto, eso sí, siempre teniendo en cuenta la naturaleza y los riesgos de la actividad concreta en cuestión¹⁹³. Por eso, uno de los caracteres fundamentales de este Reglamento es la flexibilidad.

¹⁸⁸ Considerando (6) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁸⁹ Considerando (34) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁹⁰ Considerando (34) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁹¹ Considerando (25) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁹² Considerando (25) Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁹³ Considerando (23) Reglamento (UE) 2018/1139. En este sentido, el Considerando (24) señala al respecto también que: “*La tripulación de cabina de pasajeros que participe en actividades de transporte aéreo comercial deberá estar sujeta a certificación y, como resultado de esta certificación, recibirá un certificado*”. Ahora bien, para garantizar la existencia de normas uniformes en la certificación se deben otorgar competencias de ejecución a la Comisión para que establezca las normas y los

Ahora bien, el Reglamento (UE) 2018/1139 define, por un lado, lo que debe entenderse por certificación y, por otro lado, lo que debe comprender una declaración; en su art. 3, bajo la numeración siguiente:

- 9) “certificación”: *“cualquier forma de reconocimiento de conformidad con el presente Reglamento, basado en una evaluación adecuada, de que una persona física o jurídica, producto, componente, equipo no instalado, equipo para controlar a distancia aeronaves no tripuladas, aeródromo, equipo de aeródromo relacionado con la seguridad, sistema GTA/SNA, componente GTA/SNA o dispositivo de simulación de vuelo para entrenamiento cumple los requisitos aplicables del presente Reglamento y de los actos delegados y de ejecución adoptados en virtud del mismo, mediante la expedición de un certificado que acredite dicho cumplimiento”.*
- 10) “declaración”: *declaración por escrito realizada de conformidad con el presente Reglamento bajo la responsabilidad exclusiva de una persona física o jurídica sujeta al presente Reglamento, por la que se confirma que se cumplen los requisitos aplicables del presente Reglamento y de los actos delegados y de ejecución adoptados en virtud del mismo relacionados con una persona física o jurídica, un producto, un componente, un equipo no instalado, un equipo para controlar aeronaves no tripuladas de forma remota, un equipo de aeródromo relacionado con la seguridad, un sistema GTA/SNA, un componente GTA/SNA o un dispositivo de simulación de vuelo para entrenamiento;*

61. A diferencia de toda la regulación existente hasta el momento, ya sea nacional o de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2018/1139 contempla la regulación de las denominadas “aeronaves autónomas”, que son aquellas aeronaves no tripuladas, que operan de forma autónoma, sin que ningún piloto remoto la controle. Por lo tanto, la definición que realiza el Reglamento (UE) 2018/1139 sobre las aeronaves no tripuladas es la siguiente, en su artículo 3, apartado 30: *“cualquier aeronave que opere o esté diseñada para operar de forma autónoma o para ser pilotada a distancia sin un piloto a bordo”.*

B) Ámbito positivo de aplicación

62. El ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139 está recogido en su art. 2, pero específicamente en los preceptos 2.1 y 2.2 se señala el ámbito positivo de aplicación del Reglamento.

Así pues, la letra b) del precepto 2.1 señala que dicho instrumento será de aplicación *“al diseño, producción, mantenimiento y operación de aeronaves, así como sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos asociados para controlar aeronaves a distancia”*, cuando: (a) una aeronave esté o vaya a estar matriculada en un Estado miembro, salvo que el Estado miembro haya transferido sus responsabilidades de acuerdo con el Convenio de la ICAO a un tercer país y que por tanto, la explotación de la aeronave recaiga en un operador de aeronaves de un tercer país¹⁹⁴; (b) una aeronave esté o vaya a estar matriculada en un tercer país y ser explotada por un operador de aeronaves establecido, residente o con un centro de actividad principal en el territorio al que se aplican los Tratados¹⁹⁵; (c)

procedimientos detallados de cualificación de los miembros de la tripulación de cabina de pasajeros. La Comisión, al adoptar dichas normas de ejecución, también debe poder tener en cuenta la naturaleza y el riesgo que implique la actividad de que se trate, así como exigir a la tripulación de cabina de pasajeros que participe en otros tipos de operaciones que estén sujetos a certificación y que sean titulares de un certificado. Esas competencias por parte de la Comisión deben ejercerse de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 (DO núm. L 55, 28 febrero 2011) por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

¹⁹⁴ Es posible que una aeronave que esté matriculada en un Estado miembro, sea explotada por un operador de un tercer Estado. En cuyo caso, en virtud del art. 83 del Convenio de la ICAO, las autoridades del Estado de matrícula de la aeronave pueden transferir ciertas responsabilidades, tales como las relacionadas con la aeronavegabilidad, la formación de los pilotos o las operaciones de cabina, a las autoridades del Estado en el que la aerolínea realiza sus operaciones. Para un mayor desarrollo de este aspecto *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa Internacional de Grandes Aeronaves Civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 88-108.

¹⁹⁵ En relación con este tipo de aeronaves matriculadas en terceros Estados, el Considerando (3) del Reglamento 2018/1139 señala que: *“Además, las aeronaves de terceros países que realizan operaciones de entrada o salida del territorio donde se*

una aeronave no tripulada, que no esté matriculada ni en un Estado miembro, ni en un tercer país y que esté explotada en el territorio al que se aplican los Tratados por un operador de aeronaves establecido, residente o con un centro de actividad principal en dicho territorio. En relación con este último criterio que es de aplicación exclusivamente a las aeronaves no tripuladas –pues los criterios (a) y (b) hacen referencia a las aeronaves en general, tanto tripuladas como no tripuladas–, porque son los únicos tipos de aeronaves que puedan no estar matriculadas en ningún Estado; pero que, sin embargo, como están explotadas en un territorio al que se le aplican los Tratados por un operador de aeronaves que tiene su “domicilio” en el sentido del Reglamento, en dicho territorio, están sujetos a las disposiciones del Reglamento (UE) 2018/1139¹⁹⁶.

En los casos en los que no sea de aplicación el precepto anterior, el Reglamento (UE) 2018/1139 en la letra a) del precepto 2.1 establece que va a ser de aplicación: “*al diseño y producción de productos, componentes y equipos para el control de aeronaves a distancia por una persona física o jurídica*” que estén sometidas a la supervisión de la Agencia o de un Estado miembro.

Además, la letra c) del precepto 2.1, establece que este instrumento internacional será de aplicación “*a la operación de aeronaves con entrada o salida o dentro del territorio al que se aplican los Tratados por un operador de aeronaves de un tercer país*”.

63. De la misma forma que en relación con los aeródromos, la letra e) del precepto 2.1 señala la aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139 “*al diseño, el mantenimiento y la explotación de aeródromos, incluidos los equipos respectivos relacionados con la seguridad utilizados en esos aeródromos*”, siempre que se encuentren en el territorio al que se aplican los Tratados, y que: (a) se encuentran abiertos para uso público; (b) prestan servicio al transporte aéreo comercial, y (c) tienen una pista pavimentada instrumental de 800 metros o más, o se utilizan exclusivamente para helicópteros que utilicen procedimientos de aproximación o de salida por instrumentos, no visual¹⁹⁷.

Además, la letra d) del Reglamento (UE) señala que éste va a ser de aplicación a los equipos de los aeródromos relacionados con la seguridad, más concretamente a: “*el diseño, la producción, el mantenimiento y la explotación*” de los mismos, para su uso en los aeródromos a los que se hace referencia en el apartado anterior, es decir en la letra e) del Reglamento (UE) 2018/1139.

Y todo ello, sin perjuicio de la legislación de la Unión o nacional sobre medio ambiente y planificación del uso del suelo, a la protección de los alrededores de los aeródromos señalados en la letra e) del Reglamento (UE) 2018/1139¹⁹⁸.

64. Por otro lado, la letra g) del precepto 2.1 señala que dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 2018/1139 estaría la prestación de servicios de gestión de tránsito aéreo y de navegación aérea (servicios de GTA/SNA) en el espacio aéreo del Cielo Único Europeo, y el diseño, la producción,

aplican las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea («TUE») y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») (en lo sucesivo, «Tratados»), o dentro de dicho territorio, deben estar sujetas a una supervisión adecuada a escala de la Unión, dentro de los límites que establece el Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944 (en lo sucesivo, «Convenio de Chicago»), en el que son partes todos los Estados miembros”.

¹⁹⁶ En mi opinión, se puede afirmar que el concepto de “domicilio” en el sentido del Reglamento (UE) 2018/1139 podría definirse como el establecimiento, la residencia o centro de actividad principal, en función de si es una persona física o jurídica.

¹⁹⁷ En este sentido el Considerando (7) señala: “*No sería conveniente someter todos los aeródromos a unas normas comunes. Los aeródromos que no estén abiertos al uso público o aquellos que no se utilicen para el transporte aéreo comercial o los que carezcan de pistas pavimentadas instrumentales de más de 800 metros que no se utilicen exclusivamente para helicópteros que utilicen procedimientos de aproximación o de salida por instrumentos deben permanecer bajo el control reglamentario de los Estados miembros, sin que del presente Reglamento pueda derivarse para los otros Estados miembros la obligación de reconocer las medidas nacionales correspondientes*”.

¹⁹⁸ Precepto 2.1.f) Reglamento (UE) 2018/1139. En este sentido el Considerando (88) establece que: “*Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, establecer y mantener un nivel elevado y uniforme de seguridad de la aviación civil, al mismo tiempo que se garantiza un nivel elevado y uniforme de protección del medio ambiente, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros debido a la naturaleza eminentemente transnacional de la aviación y a su complejidad, pero, debido al ámbito de aplicación a escala de la Unión, estos pueden cumplirse mejor a nivel de la Unión, la Unión puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del TFUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar estos objetivos*”.

el mantenimiento y la explotación de sistemas y componentes utilizados para la prestación de dichos servicios de GTA/SNA.

Y todo ello, sin perjuicio del Reglamento (CE) núm. 551/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, denominado Reglamento del espacio aéreo, de las responsabilidades de los Estados miembros en relación con el espacio aéreo bajo su jurisdicción, y el diseño de las estructuras del espacio aéreo en el cielo único europeo¹⁹⁹.

65. Por último, el Reglamento (UE) 2018/1139 también se aplicará al personal y a las organizaciones que participen en las actividades a las que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores²⁰⁰.

66. No obstante, cuando se trate aeronaves que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139, con el fin de facilitar la elaboración de normas nacionales para las aeronaves que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, la Agencia podrá emitir documentación orientativa con este propósito²⁰¹.

C) Decisión de ampliación del ámbito de aplicación por parte de los Estados miembros

67. Un Estado miembro podrá decidir aplicar, en lugar de su Derecho nacional, cualquiera de, o cualquier combinación de, las secciones I (Aeronavegabilidad y protección del medio ambiente), II (Personal de vuelo), III (Operaciones aéreas) o VII (Aeronaves no tripuladas) del Capítulo III (Requisitos sustantivos), a algunas o todas las actividades y servicios militares, de aduanas, de policía, de búsqueda y salvamento, de lucha contra incendios, de control de fronteras y de vigilancia costera, o similares, llevados a cabo en interés público, así como al personal y a las organizaciones que participen en dichas actividades, cuando considere que, teniendo en cuenta las características de las actividades, el personal y las organizaciones en cuestión y de la finalidad y el contenido de las disposiciones de que se trate, dichas disposiciones pueden aplicarse efectivamente²⁰².

En consecuencia, a partir de la fecha especificada en dicha decisión, las actividades, el personal y las organizaciones afectados se registrarán únicamente por las disposiciones de la sección o secciones afectadas y por las disposiciones del presente Reglamento relativas a la aplicación de dichas secciones²⁰³.

El Estado miembro de que se trate notificará sin demora su decisión a la Comisión y a la Agencia y les facilitará toda la información pertinente, en particular: (a) la sección o secciones afectadas; (b) las actividades, el personal y las organizaciones en cuestión; (c) las razones que justifican su decisión; y (d) la fecha a partir de la cual se aplicará la decisión²⁰⁴.

En consecuencia, las autoridades nacionales españolas, con objeto de lograr mejoras en términos de seguridad, interoperabilidad o eficiencia, pueden decidir que las aeronaves no tripuladas que realizan actividades y servicios militares realizados en interés público, les sean de aplicación las normas del Reglamento (UE) 2018/1139, más concretamente la sección VII, en cuyos arts. 55 a 58, se recogen las disposiciones relativas a las aeronaves no tripuladas, aunque está pendiente aún el desarrollo de los correspondientes actos delegados y de ejecución. En cuyo caso, el Real Decreto 1036/2017 quedaría totalmente desplazado por el Reglamento (UE) 2018/1139.

68. Además, el Reglamento (UE) 2018/1139 ofrece la posibilidad de aplicar ciertas disposiciones a determinados tipos de aeronaves que están excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento, especialmente aquellas que se fabrican de manera industrial y que se pueden beneficiar

¹⁹⁹ Precepto 2.1 Reglamento (UE) 2018/1139. *Vid.* Reglamento (CE) núm. 551/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, DO núm. L 96, 31 marzo 2004, relativo a la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo.

²⁰⁰ Precepto 2.2 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁰¹ Considerando (4) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁰² Precepto 2.6 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁰³ Considerando (10) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁰⁴ Precepto 2.6 Reglamento (UE) 2018/1139.

de la libre circulación dentro de la Unión²⁰⁵. Por lo tanto, las organizaciones implicadas en el diseño de dichas aeronaves deben poder solicitar un certificado de tipo a la Agencia o, si procede, presentar una declaración a la Agencia con respecto a un tipo de aeronave que dichas organizaciones tienen previsto comercializar²⁰⁶.

Las aeronaves sobre las que los Estados miembros pueden solicitar que sean incluidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139 solamente pueden ser aquellas que pertenecen a otro de los grupos que, junto con el grupo de las aeronaves señaladas en el párrafo anterior, son los dos únicos grupos que no están sujetas a las normas del Reglamento. Y este grupo no es otro que el de los modelos de aeronaves a que se refiere el artículo 2, apartado 3, letra d), es decir, el de las aeronaves tripuladas que recoge el Anexo I porque suponen un riesgo bajo para la seguridad aérea²⁰⁷.

D) Decisión de exención por parte de los Estados miembros

69. Por otro lado, los Estados miembros pueden decidir la opción contraria al apartado anterior, que es que decidan eximir del cumplimiento del Reglamento (UE) 2018/1139 a determinados tipos de aeronaves, pues este es un Reglamento que ofrece flexibilidad en cuanto a su aplicación.

Así pues, el Considerando (11) señala que con el fin de tener en cuenta los intereses y las opiniones de sus respectivas industrias aeronáuticas y operadores de aeronaves, los Estados miembros deben poder eximir del Reglamento (UE) 2018/1139 las actividades de diseño, producción, mantenimiento y explotación llevadas a cabo en relación con determinadas aeronaves pequeñas, distintas de las aeronaves no tripuladas, a menos que para estas aeronaves se haya expedido, o se considere que se ha expedido, un certificado de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1139 o con el Reglamento (CE) núm. 216/2008 o se haya efectuado una declaración de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2018/1139. Ahora bien, dichas excepciones no deben obligar a otros Estados miembros a reconocer estas medidas nacionales en el marco del Reglamento (UE) 2018/1139²⁰⁸. En cualquier caso, estas excepciones no deben impedir que una organización que tenga su centro de actividad principal en el territorio del Estado miembro que haya concedido la exención, decida finalmente llevar a cabo sus actividades de diseño y producción de aeronaves cubiertas por dicha decisión de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1139 y con los actos delegados y de ejecución adoptados en su virtud²⁰⁹.

Por lo tanto, los Estados miembros podrán decidir eximir del cumplimiento del Reglamento (UE) 2018/1139 a: *“las actividades de diseño, producción, mantenimiento y explotación de una o varias de las siguientes categorías de aeronaves: (a) aviones, distintos de los aviones no tripulados, que no tengan más de dos asientos, una velocidad de pérdida cuantificable o una velocidad de vuelo constante mínima en la configuración de aterrizaje que no exceda de 45 nudos de velocidad calibrada y una masa máxima de despegue (MTOM), según lo registrado por el Estado miembro, de no más de 600 kg para los aviones no destinados a operar en el agua o 650 kg para los aviones destinados a operar en el agua; (b) helicópteros, distintos de los helicópteros no tripulados, que no tengan más de dos asientos y una MTOM registrada por el Estado miembro, de no más de 600 kg para los helicópteros no destinados a operar en el agua o de 650 kg para los destinados a operar en el agua; (c) planeadores, con excepción de los no tripulados, y los planeadores a motor, con excepción de los planeadores a motor no tripulados,*

²⁰⁵ Considerando (5) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁰⁶ Considerando (5) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁰⁷ El precepto 2.4 del Reglamento (UE) 2018/1139 establece de manera literal: *“Como excepción al apartado 3, párrafo primero, letra d), el presente Reglamento, y los actos delegados y de ejecución adoptados con arreglo al mismo, se aplicarán al diseño, la producción y el mantenimiento de un tipo de aeronave incluido en el ámbito de aplicación del anexo I, punto 1, letras e), f), g), h) o i), y al personal y a las organizaciones que participen en dichas actividades, cuando:*

a) la organización responsable del diseño de ese tipo de aeronave haya solicitado un certificado de tipo a la Agencia de conformidad con el artículo 11 o, en su caso, haya hecho una declaración a la Agencia de conformidad con el artículo 18, apartado 1, letra a), respecto de ese tipo de aeronave;

b) ese tipo de aeronave esté previsto para la producción en serie, y

c) el diseño de ese tipo de aeronave no haya sido aprobado anteriormente de conformidad con la legislación nacional de un Estado miembro.”

²⁰⁸ Considerando (11) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁰⁹ Precepto 2.9 Reglamento (UE) 2018/1139.

que no tengan más de dos asientos y un MTOM, según lo registrado por el Estado miembro, de no más de 600 kg”²¹⁰.

Como se puede observar, sólo se puede realizar la exención por parte de los Estados miembros cuando se trate de aeronaves tripuladas, nunca cuando sean aeronaves no tripuladas. Luego parece que el legislador europeo pretende que todos los tipos de aeronaves no tripuladas estén reguladas por las normas del Reglamento (UE) 2018/1139.

70. Ahora bien, sin perjuicio de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud del Convenio de la ICAO, las aeronaves a las que se aplique dicha decisión de exención adoptada de conformidad con el párrafo anterior y que estén matriculadas en el Estado miembro que adoptó dicha decisión podrán operar en otros Estados miembros, previo acuerdo del Estado miembro en cuyo territorio tenga lugar la operación²¹¹. El mantenimiento o el diseño de estas aeronaves también podrá modificarse en otros Estados miembros, siempre que esas actividades de mantenimiento y esas modificaciones se lleven a cabo bajo la supervisión del Estado miembro en el que esté matriculada la aeronave y de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación nacional del Estado miembro en el que esté matriculada la aeronave²¹².

Todo certificado expedido en relación con aeronaves a las que se aplique una decisión de exención adoptada de conformidad con el párrafo anterior indicará claramente que dicho certificado no se expidió con arreglo al Reglamento (UE) 2018/1139, sino con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro que expide el certificado. Otros Estados miembros solo podrán aceptar estos certificados nacionales si ellos mismos han adoptado la misma decisión de exención²¹³.

Sin embargo, no es posible la aplicación de cualquier legislación nacional, sino que tal y como señala el precepto 2.11 del Reglamento (UE) 2018/1139, estas disposiciones de las legislaciones nacionales serán proporcionales a la naturaleza y al riesgo de la actividad de que se trate y tendrán en cuenta los objetivos y principios establecidos en los artículos 1 y 4, respectivamente del Reglamento (UE) 2018/1139²¹⁴.

71. La posibilidad de exención, también es posible en relación con los aeródromos, tal y como señala el Considerando (8) que establece que se deben poder eximir los aeródromos con escaso volumen de tránsito, siempre que los aeródromos implicados cumplan los objetivos comunes de seguridad mínimos previstos en los correspondientes requisitos esenciales establecidos en el Reglamento (UE) 2018/1139. Además, cuando un Estado miembro conceda dichas exenciones, deben también ser aplicables a los equipos utilizados en el aeródromo en cuestión y a los proveedores de servicios de asistencia en tierra y de servicios de dirección en la plataforma (*apron management services*, AMS) que operan en los aeródromos exentos.

Así el precepto 2.7 del Reglamento (UE) 2018/1139 señala que los Estados miembros pueden decidir eximir del presente Reglamento a: “*el diseño, el mantenimiento y la explotación de un aeródromo, y el equipo relacionado con la seguridad utilizado en dicho aeródromo, si dicho aeródromo no gestiona más de 10 000 pasajeros de transporte aéreo comercial al año ni más de 850 movimientos relacionados con operaciones de mercancías al año*”.

Sin embargo, los Estados miembros estudiarán anualmente las cifras de tráfico de los aeródromos que hayan eximido y cuando un examen demuestre que, a lo largo de tres años consecutivos, uno de esos aeródromos gestiona más de 10.000 pasajeros al año en el transporte aéreo comercial o más

²¹⁰ Precepto 2.8 Reglamento (UE) 2018/1139. Cualquier decisión de exención adoptada por un Estado miembro con arreglo a este precepto, se aplicará también a las organizaciones y al personal que participen en las actividades de diseño, producción, mantenimiento y explotación a las que se aplique dicha decisión (precepto 2.11 Reglamento (UE) 2018/1139).

²¹¹ Precepto 2.10 Reglamento (UE) 2018/1139.

²¹² Precepto 2.10 Reglamento (UE) 2018/1139.

²¹³ Precepto 2.10 Reglamento (UE) 2018/1139.

²¹⁴ El precepto 2.11 recoge también cuál debe ser el procedimiento para llevar a cabo la decisión de exención por parte de un Estado miembro, pero debe destacarse que: “*La Agencia incluirá todas las decisiones de los Estados miembros que le hayan sido notificadas con arreglo al presente apartado en el repositorio*”, con lo cual todos los Estados miembros estarán informados sobre qué Estados gozan de dicha exención y los que no. *Vid.* Considerando (48) y art. 74 Reglamento (UE) 2018/1139.

de 850 movimientos relacionados con operaciones de mercancías al año, el Estado miembro en cuestión revocará la exención de dicho aeródromo²¹⁵.

Las exenciones concedidas por los Estados miembros a los aeródromos antes de la entrada en vigor del presente Reglamento (UE) 2018/1139 deben seguir siendo válidas, y la información sobre dichas exenciones debe ponerse a disposición del público.

72. Por último, el Considerando (45) señala que “*debe preverse un grado de flexibilidad por lo que respecta a la aplicación de las normas previstas en el presente Reglamento o en los actos delegados y de ejecución adoptados en virtud del mismo*” para que los Estados miembros puedan adoptar las medidas necesarias de forma que puedan reaccionar inmediatamente ante problemas relativos a la seguridad de la aviación civil o conceder exenciones en el supuesto de determinadas circunstancias urgentes imprevisibles o de necesidades operativas urgentes, siempre con el fin de garantizar, en particular, “*la proporcionalidad, el control objetivo y la transparencia*”. Sin embargo, por motivos de proporcionalidad, la Agencia y la Comisión únicamente deben evaluar las exenciones cuando se trate de expedir una recomendación o adoptar una decisión, si la duración de la misma “*excede una temporada aeronáutica de la compañía aérea, es decir, ocho meses*”²¹⁶.

Cuando la Agencia sea la autoridad competente en cuanto a la expedición de determinados certificados en virtud del Reglamento (UE) 2018/1139, la Agencia también estará facultada para conceder dichas exenciones, en las mismas situaciones y bajo las mismas condiciones que las aplicables a los Estados miembros²¹⁷. En relación con este último aspecto, también deben preverse posibles modificaciones de las normas pertinentes establecidas en los actos delegados y de ejecución adoptados, concretamente, para permitir otros medios de cumplimiento sin dejar de garantizar un nivel aceptable de seguridad de la aviación civil en la Unión Europea²¹⁸.

2) Normativa específica sobre drones

73. El Considerando (12) señala que: “*las medidas adoptadas de conformidad con el presente Reglamento para regular la aviación civil en la Unión, y los actos delegados y de ejecución adoptados en virtud del mismo, deben corresponderse y ser proporcionales con la naturaleza y los riesgos asociados con los diferentes tipos de aeronaves, operaciones y actividades que realizan*” Ahora bien, tales medidas pueden ser adoptadas a través de diferentes métodos para conseguir los objetivos previstos en el Reglamento 2018/1139, que deben impulsar una aproximación sistémica a la aviación civil, y teniendo en cuenta las interdependencias entre la seguridad y otros dominios técnicos de la reglamentación de aviación, como por ejemplo la ciberseguridad. Mediante el recurso a diversos métodos, se pretende conseguir más rentabilidad de los niveles de seguridad requeridos, a la vez que conseguir estimular la innovación técnica y operativa. Por lo tanto, deben utilizarse normas y prácticas de la industria reconocidas en el sector, siempre que se cumplan con los requisitos esenciales establecidos en el Reglamento (UE) 2018/1139²¹⁹.

Por todo lo señalado, se ha decidido que el Reglamento (UE) 2018/1139 debe abarcar las aeronaves no tripuladas, independientemente de su masa operativa, pues circulan en el mismo espacio aéreo que las aeronaves tripuladas y que, como hacen posible una amplia gama de operaciones, las normas deben ser proporcionales al riesgo de la operación o del tipo de operación en concreto²²⁰.

Ahora bien, este Reglamento es bastante novedoso, puesto que en relación con las aeronaves no tripuladas, y siguiendo un planteamiento basado en el riesgo y en el principio de proporcionalidad, en los actos delegados y de ejecución pendientes de realizar se debería conceder cierta flexibilidad a los Estados miembros y tener en cuenta las diversas características locales dentro de cada uno de ellos, como por ejemplo la densidad de población; pero siempre que se garantice un nivel de seguridad adecuado²²¹.

²¹⁵ Precepto 2.7 Reglamento (UE) 2018/1139.

²¹⁶ Considerando (45) Reglamento (UE) 2018/1139.

²¹⁷ Considerando (45) Reglamento (UE) 2018/1139.

²¹⁸ Considerando (45) Reglamento (UE) 2018/1139.

²¹⁹ Considerando (12) Reglamento (UE) 2018/1139.

²²⁰ Considerando (26) Reglamento (UE) 2018/1139.

²²¹ Considerando (27) Reglamento (UE) 2018/1139.

74. Teniendo en cuenta que el entero Reglamento (UE) 2018/1139 es una regulación muy básica, que será desarrollada posteriormente mediante actos delegados y de ejecución, la regulación de las aeronaves no tripuladas está recogida en:

- (a) la Sección VII bajo el título “Aeronaves no tripuladas”, dentro del Capítulo III que aborda “Requisitos sustantivos” de todas las aeronaves;
- (b) y el Anexo IX que recoge “Requisitos esenciales para aeronaves no tripuladas”.

La Sección VII destinada a “Aeronaves no tripuladas”, está compuesta por cuatro artículos, del art. 55 al 58. El art. 55 recoge los “Requisitos esenciales para las aeronaves no tripuladas”, el art. 56 comprende la “Conformidad de las aeronaves tripuladas”, el art. 57 contempla los “Actos de ejecución y competencias delegadas” y por, último, el art. 58 desarrolla las “Competencias delegadas”.

A) Conformidad de los drones

75. En primer lugar, las aeronaves no tripuladas que entren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139 deberán cumplir con los requisitos esenciales previstos para las aeronaves no tripuladas, que están desarrollados en el Anexo IX²²².

En cuanto a las aeronaves no tripuladas que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139, en virtud del precepto 2.1, como se ha detallado en el epígrafe correspondiente, son: (a) aquellas matriculadas en un Estado miembro, con la excepción señalada en el apartado b.i); (b) aquellas matriculadas en un tercer país, pero explotadas por un operador de aeronaves que tenga su “domicilio” (establecimiento, residencia o un centro de actividad principal) en un lugar en el que se aplican los Tratados (Tratado de la Unión Europea, TUE, y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE); (c) aquellas que no estén matriculadas ni en un Estado miembro, ni en un tercer país, pero que estén explotadas en el territorio al que se aplican los Tratados por un operador de aeronaves con “domicilio” en el sentido del Reglamento, en dicho territorio; (d) y en caso de que las aeronaves no tripuladas no cumplan ninguno de los requisitos anteriores, aquellas que estén sometidas a la supervisión de la Agencia o de un Estado miembro.

El Anexo IX que recoge los requisitos esenciales previstos para las aeronaves no tripuladas, se subdivide en varios apartados:

- (1) Requisitos esenciales para el diseño, la producción, el mantenimiento y la operación de las aeronaves no tripuladas. Uno de los aspectos más importantes es que se deberá garantizar una identificación fácil de la aeronave, de la naturaleza y la finalidad de la operación, así como del cumplimiento de las limitaciones, prohibiciones o condiciones aplicables, particularmente con respecto a la operación en zonas geográficas concretas, más allá de determinadas distancias del operador o a altitudes concretas, tal y como han venido estableciendo las normativas internas de los Estados miembros. No obstante, deben poder limitarse las capacidades operativas de las aeronaves no tripuladas que puedan utilizarse en aquellas operaciones que no precisan de un certificado o una declaración con el fin de cumplir las normas del espacio aéreo aplicables a dichas operaciones.
- (2) Requisitos esenciales adicionales para el diseño, la producción, el mantenimiento y la operación de las aeronaves no tripuladas en relación con el artículo 56, que establece los requisitos para conseguir la conformidad de las aeronaves no tripuladas de acuerdo con el Reglamento (UE) 2018/1139. Dentro de estos requisitos se encuentran recomendaciones generales relativas a la aeronavegabilidad, las organizaciones, las personas que participan en la operación de una aeronave tripulada, o las operaciones.

²²² El art. 55 del Reglamento (UE) 2018/1139 detalla exactamente que deben cumplirse los requisitos en cuanto al diseño, la producción, el mantenimiento y la explotación de las aeronaves no tripuladas, y sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota, así como al personal, incluidos los pilotos a distancia, y a las organizaciones que intervengan en estas actividades.

- (2.1.) En relación con la aeronavegabilidad, las aeronaves no tripuladas deben: *diseñarse de manera tal o contar con características o detalles que permitan que se pueda demostrar satisfactoriamente la seguridad de la persona que opera la aeronave no tripulada o de terceros que se encuentren en el aire o en tierra, y de las propiedades*".
 - (2.2.) En lo relativo a las organizaciones, es importante destacar que estas deberán establecer un sistema de notificación de sucesos, como parte del sistema de gestión de la seguridad, para la consecución de la mejora constante de dicha seguridad, teniendo en cuenta que este sistema de gestión deberá ser proporcionado al tipo de actividad y al tamaño de la organización.
 - (2.3.) En cuanto a los pilotos a distancia, así como el resto de personas que participen en la operación, deberá disponer de los conocimientos y las destrezas necesarios para garantizar la seguridad de la operación, siendo estos proporcionados al riesgo asociado con el tipo de operación. Además, el piloto a distancia deberá demostrar su aptitud psicofísica, en caso de que sea necesario para mitigar el riesgo que plantea la operación de que se trate. Sin embargo, no señala cuándo y cómo deberá demostrar esta actitud psicofísica, porque esto dependerá del tipo de operación que se vaya a desarrollar.
 - (2.4.) Por lo que respecta al operador de la aeronave no tripulada, éste es el responsable de la operación y deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de dicha operación.
 - (2.5.) Los requisitos esenciales aplicables a las aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes y equipos no instalados deben cubrir también materias relacionadas con la compatibilidad electromagnética y el espectro radioeléctrico, con el objetivo de garantizar que no causan interferencias perjudiciales, que utilizan de manera eficaz el espectro radioeléctrico y que contribuyen a un uso eficiente del mismo. Sin embargo, muchos tipos de equipos de aviación no están necesariamente previstos para uso específico en aeronaves no tripuladas o en aeronaves tripuladas, sino que pueden usarse en ambas. Por lo tanto, estos requisitos relativos a la compatibilidad electromagnética y al espectro radioeléctrico deben aplicarse exclusivamente en el supuesto y en la medida en que el diseño de las aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes y equipos no instalados estén sujetos a certificación de conformidad con el presente Reglamento. El motivo es garantizar que el régimen aplicable a estos equipos de aviación es conforme al régimen aplicable a otras aeronaves y sus motores, hélices, componentes y equipos no instalados con respecto a los cuales esta certificación es también necesaria de conformidad con el Reglamento 2018/1139²²³. Así pues, en términos de contenido, y con el fin de garantizar la coherencia, estos requisitos deben ser equivalentes a los establecidos en la Directiva 2014/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y en la Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo²²⁴.
- (3) Requisitos medioambientales esenciales para aeronaves no tripuladas. Aunque respecto a los mismos se señala que deberán cumplir los requisitos de desempeño medioambiental establecidos en el anexo III, previsto para todo tipo de aeronaves, tripuladas y no tripuladas. Así que, en principio salvo que se establezca otra cosa, las aeronaves no tripuladas deberán cumplir los mismos requisitos medioambientales que las aeronaves tripuladas.
 - (4) Requisitos esenciales para el registro de aeronaves no tripuladas y sus operadores y el marcado de aeronaves no tripuladas. Estos aspectos especialmente importantes, para poder de-

²²³ Considerando (29) Reglamento (UE) 2018/1139.

²²⁴ Directiva 2014/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, DO núm. L 96, 29 marzo 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética; Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, DO núm. L 153, 22 mayo 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE.

terminar quién es el responsable en caso de accidente o incidente, se va a abordar de forma separada en otro apartado.

76. Ahora bien, cuando así se establezca en la normativa pendiente de desarrollo del Reglamento (UE) 2018/1139 que recogerá los actos delegados (art. 58) y los actos de ejecución (art. 57), deberá cumplirse con los requisitos esenciales previstos para todo tipo de aeronaves, tripuladas y no tripuladas, concretamente los que figuran en:

- (1) el anexo II, que establece los requisitos esenciales sobre aeronavegabilidad,
- (2) el anexo IV, que señala los requisitos esenciales para el personal de vuelo y
- (3) el anexo V, relativo a los requisitos esenciales de las operaciones aéreas.

77. Bajo el título “Conformidad de las aeronaves no tripuladas”, el art. 56 establece los requisitos necesarios para que dichas aeronaves obtengan la conformidad. En el apartado 1 se establece que de conformidad con los actos delegados (art. 58) y los actos de ejecución (art. 57), se podrá requerir un certificado para las aeronaves no tripuladas, concretamente este certificado puede ser de: (a) el diseño, la producción, el mantenimiento y la operación de las misma; (b) de sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota; (c) el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que intervengan en tales actividades.

Para el requerimiento o no de dicho certificado para las aeronaves no tripuladas se tendrán en cuenta los objetivos (art. 1) y principios (art. 4) del Reglamento (UE) 2018/1139, y en particular, la naturaleza y el riesgo de la actividad correspondiente, las características operativas de la aeronave no tripulada en cuestión y las características de la zona de operaciones²²⁵.

78. Sin embargo, también teniendo en cuenta los mismos aspectos que para la solicitud del certificado, los actos delegados (art. 58) y los actos de ejecución (art. 57) podrán exigir una declaración que confirme el cumplimiento de dichos actos delegados y de ejecución²²⁶.

Al igual que sucedía con el requerimiento de los certificados, la declaración relativa a las aeronaves no tripuladas puede solicitarse sobre: (a) el diseño, la producción, el mantenimiento y la operación de las misma; (b) de sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota; (c) el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que intervengan en tales actividades.

En este sentido, las organizaciones que realizan en el diseño y la producción de productos utilizados en la aviación deportiva y recreativa, componentes y equipos no instalados aeronáuticos deben tener la posibilidad de declarar el cumplimiento de dichos requisitos con las normas del sector pertinentes, pero siempre con sujeción a las limitaciones y condiciones adecuadas para garantizar la seguridad²²⁷.

79. Para ciertos tipos de aeronaves no tripuladas, la aplicación de las disposiciones del Reglamento (UE) 2018/1139 en cuanto a registro, certificación, identificación, supervisión y ejecución, así como de las disposiciones sobre la Agencia (capítulo IV relativo a “Sistema conjunto de certificación, supervisión y ejecución” y V contiene “La Agencia de Seguridad Aérea de la Unión Europea”), no es necesaria a efectos de alcanzar niveles adecuados de seguridad²²⁸.

Los mecanismos de supervisión del mercado de la legislación de la Unión en materia de armonización de productos deben ser aplicables en estos casos²²⁹. Así pues, los requisitos esenciales recogidos en el art. 55 y las normas detalladas con arreglo al art. 58 (competencias delegadas) constituirán la

²²⁵ Precepto 56.1 Reglamento (UE) 2018/1139. Los apartados 2 a 4 del art. 56 recogen varios aspectos relaciones con dicho certificado, por ejemplo, en el apartado 2 se establece que el certificado será expedido previa solicitud, cuando el solicitante haya demostrado que cumple los actos delegados (art. 58) y con los actos de ejecución (art. 57).

²²⁶ Precepto 56.5 Reglamento (UE) 2018/1139.

²²⁷ Considerando (25) Reglamento (UE) 2018/1139.

²²⁸ Precepto 56.5 y Considerando (30) Reglamento (UE) 2018/1139.

²²⁹ Considerando (30) Reglamento (UE) 2018/1139.

“legislación comunitaria de armonización” en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y en la Decisión núm. 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²³⁰.

Estas disposiciones podrían estar previstas para las aeronaves no tripuladas dedicadas a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete.

80. Por otro lado, los Estados miembros deberán velar por que la información sobre el registro de aeronaves no tripuladas y operadores de aeronaves no tripuladas se almacene en sistemas nacionales de registro digitalizados, armonizados e interoperables²³¹. Las aeronaves no tripuladas y los operadores de aeronaves no tripuladas deberán ser inscritos o registrados de conformidad con los requisitos esenciales para el registro de aeronaves no tripuladas y sus operadores y el marcado de aeronaves no tripuladas (punto 4 del anexo IX) y con los actos de ejecución (art. 57).

En consecuencia, los Estados miembros deberán poder acceder a dicha información e intercambiarla a través del repositorio, regulado en el art. 74.

81. Por último, en el apartado 8 del art. 56 establece de forma literal: “*La presente sección se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros promulguen normas nacionales para someter a determinadas condiciones la operación de aeronaves no tripuladas por razones ajenas al ámbito de aplicación del presente Reglamento, en particular por razones de seguridad pública o de protección de la privacidad y de los datos personales con arreglo al Derecho de la Unión*”.

En opinión de ciertos autores, como ya se ha afirmado anteriormente, este apartado 8 situado al final del artículo 56, que recoge la “Conformidad de las aeronaves no tripuladas”, abre la posibilidad a una regulación nacional adicional y concurrente²³². Sin embargo, esto no debería suponer un resquicio legal para el desarrollo de normas nacionales por parte de los Estados miembros, puesto que esta opción se contempla en el Reglamento (UE) 2018/1139 tanto para las aeronaves no tripuladas, como para las aeronaves tripuladas.

En esta misma línea, el Considerando (33) del Reglamento (UE) 2018/1139 señala que debe ser posible prohibir, limitar o someter a determinadas condiciones las actividades a las que se refiere en el Capítulo III, que recoge los requisitos sustantivos del presente Reglamento, cuando sea necesario en interés de la seguridad de la aviación civil. Esta posibilidad debe ejercerse de conformidad con los actos delegados y de ejecución adoptados por la Comisión con este fin. Aunque, según el Considerando (33): “*los Estados miembros tienen la posibilidad de tomar medidas, de conformidad con la legislación de la Unión, que queden fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento por motivos como la seguridad pública, la protección del derecho a la intimidad y la protección de los datos personales*”²³³.

B) Actos de ejecución y competencias delegadas

82. Las medidas adoptadas a través de los actos delegados y de ejecución se corresponderán y serán proporcionadas a la naturaleza y a los riesgos de cada actividad concreta a la que se refieren, en virtud del precepto 4.2 del Reglamento (UE) 2018/1139²³⁴. Por lo tanto, durante la preparación y

²³⁰ Precepto 56.5 Reglamento (UE) 2018/1139. *Vid.* Decisión núm. 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, DO núm. L 218, 13 agosto 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo; Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, DO núm. 218, 13 agosto 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93.

²³¹ Precepto 56.6 y Considerando (30) Reglamento (UE) 2018/1139.

²³² E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, en M. BARRIO ANDRÉS (dir.), *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 124.

²³³ Considerando (33) Reglamento (UE) 2018/1139.

²³⁴ En relación con dichos actos delegados y de ejecución, el Considerando (42) señala que los certificados expedidos y las declaraciones realizadas de acuerdo con el Reglamento (UE) 2018/1139, y de los actos delegados y de ejecución adoptados, deben ser válidos y reconocidos en todos los Estados miembros, sin que sean necesarios requisitos ni evaluaciones posteriores. Además, el Considerando (43) señala que para expedir certificados de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1139, es posible que deban tenerse en cuenta los certificados u otra documentación que hayan sido expedidos de acuerdo al Derecho de

promulgación de dichas medidas, tanto la Comisión, como la Agencia y como los Estados miembros, deberán tener en cuenta, según proceda para la actividad en cuestión:

- (a) si hay personas distintas de la tripulación de vuelo a bordo y, en particular si la operación está abierta al público;
- (b) en qué medida podría la actividad poner en peligro a terceros o a propiedades en tierra;
- (c) la complejidad, las prestaciones y las características operacionales de la aeronave en cuestión;
- (d) la finalidad del vuelo, el tipo de aeronave y el tipo de espacio aéreo utilizado;
- (e) el tipo, la escala y la complejidad de la operación o actividad, incluidos, cuando proceda, el tamaño y el tipo de tráfico gestionado por la persona u organización responsable;
- (f) en qué medida las personas afectadas por los riesgos que supone la operación pueden evaluar y controlar dichos riesgos;
- (g) los resultados de actividades previas de certificación y supervisión.

83. Por lo tanto, para la elaboración de los actos delegados y de ejecución se tendrá que tener en cuenta que las actividades a desarrollar son realizadas por una aeronave no tripulada, siendo especialmente importante el lugar donde se van a desarrollar dichas actividades.

Así, el Considerando (32) señala que las condiciones, normas y procedimientos deben tener en cuenta, especialmente: el tipo, la escala y la complejidad de la operación, incluidos, cuando proceda, el tamaño y el tipo del tráfico gestionado por la persona u organización responsable; si la operación está abierta al público; en qué medida otro tráfico aéreo o personas y bienes en tierra podrían verse en peligro por la operación; la finalidad del vuelo y el tipo de espacio aéreo utilizado; y la complejidad y prestaciones de la aeronave no tripulada en cuestión.

84. Actos de ejecución. En relación a los mismos, el Considerando (75) establece que, para garantizar unas condiciones uniformes de aplicación del Reglamento, deben conferirse a la Comisión competencias de ejecución. La mayoría de dichas competencias de ejecución, y en particular las referidas al establecimiento de disposiciones detalladas relativas a normas y procedimientos, deben ejercerse de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 182/2011²³⁵.

La Comisión debe adoptar actos de ejecución de aplicación inmediata cuando, en casos debidamente justificados relativos a medidas correctoras y medidas de salvaguardia, así lo exijan razones imperiosas de urgencia²³⁶.

85. Para garantizar la aplicación y el cumplimiento uniformes de los requisitos esenciales señalados en el art. 55, para la operación de las aeronaves no tripuladas que entren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139, la Comisión adoptará actos de ejecución que establezcan disposiciones detalladas en relación con los siguientes aspectos²³⁷:

- a) Las normas y los procedimientos específicos para la operación de aeronaves no tripuladas²³⁸.
- b) Las normas y los procedimientos para la expedición de los certificados u otras solicitudes en relación a los mismos, o para la realización de declaraciones para la operación de las aeronaves

terceros países; así que será necesario que esto se contemple en los acuerdos internacionales pertinentes establecidos entre la Unión y los terceros países, o en los actos delegados adoptados por la Comisión. Por lo tanto, el Considerando (44) señala que los acuerdos internacionales concluidos entre un Estado miembro y un tercer país deben rescindirse o actualizarse cuando tales acuerdos no sean compatibles con estas normas.

²³⁵ Reglamento (UE) núm. 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 (DO núm. L 55, 28 febrero 2011) por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

²³⁶ Considerando (76) Reglamento (UE) 2018/1139.

²³⁷ También para el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que intervengan en tales actividades (art. 57 Reglamento (UE) 2018/1139).

²³⁸ Así como para el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que intervengan en tales actividades (art. 57 Reglamento (UE) 2018/1139).

ves no tripuladas²³⁹; así como, las normas y procedimientos para las situaciones en las que se requieran tales certificados o declaraciones.

Es importante destacar en relación con este apartado, que las normas y los procedimientos para la expedición de tales certificados y la formulación de tales declaraciones podrán consistir en los requisitos detallados a que se refieren las secciones I (Aeronavegabilidad y medio ambiente), II (Personal de vuelo) y III (Operaciones aéreas), las cuales están previstas para todo tipo de aeronave, o estar basadas en dichos requisitos.

- c) Las facultades y obligaciones de los titulares de certificados y de las personas físicas y jurídicas que efectúen declaraciones.
- d) Las normas y los procedimientos para el registro y el marcado de las aeronaves no tripuladas, así como para el registro de operadores de aeronaves no tripuladas, según se contempla en la sección 4 del anexo IX (Requisitos esenciales para el registro de aeronaves no tripuladas y sus operadores y el marcado de aeronaves no tripuladas).
- e) Las normas y los procedimientos para crear el sistema nacional de registro digitalizado, armonizado e interoperable (precepto 56.7).
- f) Las normas y los procedimientos para la conversión de los certificados nacionales en los certificados exigidos en virtud del precepto 56.1.

86. Dichos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 127, apartado 3. El art. 127 señala el procedimiento del Comité y el apartado 3 del art. 127 establece que será de aplicación el art. 5 del Reglamento (UE) núm. 182/2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

87. Actos delegados. En relación con dichos actos delegados, el Considerando (77) establece que para poder tener en cuenta las necesidades técnicas, científicas, operativas o de seguridad, deben delegarse en la Comisión los poderes para adoptar actos con arreglo al artículo 290 del TFUE²⁴⁰.

Así el Considerando (78) señala que cuando la Comisión adopte los actos delegados que modifican los anexos II a IX del Reglamento (UE) 2018/1139, en los que se recogen los requisitos esenciales sobre aeronavegabilidad, personal de vuelo, operaciones aéreas, etc. -el Anexo I recoge únicamente las aeronaves que están exentas de que se les aplique el Reglamento (UE) 2018/1139-, la citada Comisión deberá tener en cuenta las normas y prácticas recomendadas internacionales, concretamente las normas internacionales establecidas en todos los anexos del Convenio de la ICAO.

Tal y como señala, el Considerando (79) señala que cuando la Comisión adopte actos delegados en virtud del Reglamento (UE) 2018/1139, tiene mucha importancia que la Comisión lleve a cabo las

²³⁹ Las otras solicitudes en relación a los certificados que se pueden realizar son el mantenimiento, la modificación, la limitación, la suspensión o la revocación de los certificados (art. 57 Reglamento (UE) 2018/1139). Las normas y procedimientos relativos a los certificados y a las declaraciones arriba señaladas se realizarán también para el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que intervengan en tales actividades (art. 57 Reglamento (UE) 2018/1139).

²⁴⁰ El Considerando (77) establece que se debe delegar en la Comisión los poderes con respecto a: “*la modificación o, si procede, el complemento de las disposiciones sobre aeronavegabilidad relacionadas con el diseño y la producción, las limitaciones de tiempo de vuelo, los operadores de aeródromos, los sistemas y componentes de servicios de GTA/SNA (de gestión de tránsito aéreo y de navegación aérea), el diseño, la producción y el mantenimiento de aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlar la aeronave a distancia, así como disposiciones sobre el personal, incluidos los pilotos remotos, y las organizaciones implicadas en estas actividades, los operadores de terceros países, sobre determinados aspectos de la supervisión y la ejecución, sobre la aceptación de certificaciones de terceros países, sobre las multas y las multas coercitivas, sobre la sala de recursos y sobre los requisitos establecidos en los anexos II a IX del presente Reglamento*”. Además, dicho Considerando (77) establece que con arreglo al artículo 290 del TFUE, deben otorgarse a la Comisión los poderes para modificar las referencias en el Reglamento (UE) 2018/1139 a los requisitos de protección de medioambiental incluidos “*en la enmienda 12 del volumen I, en la enmienda 9 del volumen II y en la versión inicial del volumen III, todos ellos aplicables el 1 de enero de 2018, del Anexo 16 del Convenio de Chicago con el fin de actualizarlas a la luz de ulteriores modificaciones del anexo 16 de dicho Convenio*”.

consultas oportunas durante la fase preparatoria, en particular con expertos, como pudiera ser la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea²⁴¹.

En cualquier caso, el Considerando (80) establece que los proveedores de servicios de navegación aérea deben establecer y aplicar planes de contingencia en caso de interrupción de los servicios de gestión del tráfico aéreo. Este aspecto es importante en la actualidad, pero lo será más aún, cuando en un futuro todas las aeronaves, tripuladas y no tripuladas, pueden circular en el mismo nivel del espacio aéreo.

88. El art. 58 recoge cuáles son las competencias delegadas en la Comisión en relación con las aeronaves no tripuladas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139²⁴². Por lo tanto, se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 128, que recoge el ejercicio de la delegación, para establecer normas detalladas en relación a²⁴³:

- a) Las condiciones concretas para el diseño, la producción y el mantenimiento de aeronaves no tripuladas, que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de los requisitos esenciales establecidos en el artículo 55²⁴⁴.

La Comisión puede establecer las condiciones en las que se requerirá que las aeronaves no tripuladas estén equipadas con las características y funcionalidades necesarias, en particular respecto de las limitaciones de distancia máxima de operación y altitud, comunicación de la posición, zonas geográficas de restricción de entrada, prevención de colisiones, estabilización de vuelo y aterrizaje automático.

- b) De manera similar al art. 57 apartado b), las condiciones y los procedimientos para la expedición de los certificados u otras solicitudes en relación a los mismos, o para la realización de declaraciones para el diseño, la producción y el mantenimiento de aeronaves no tripuladas²⁴⁵; así como, las condiciones y procedimientos para las situaciones en las que se requieran tales certificados o declaraciones.

Es importante señalar al respecto, que las condiciones y los procedimientos para la expedición de tales certificados y la formulación de tales declaraciones podrán consistir en los requisitos detallados a que se refieren las secciones I (Aeronavegabilidad y medio ambiente), II (Personal de vuelo) y III (Operaciones aéreas), las cuales están previstas para todo tipo de aeronave, o estar basadas en dichos requisitos.

- c) Las condiciones en las que los requisitos relativos al diseño, la producción y el mantenimiento de las aeronaves no tripuladas, así como sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota no estarán sujetos a los capítulos IV (Sistema conjunto de certificación, supervisión y ejecución) y V (La Agencia de Seguridad Aérea de la Unión Europea).

²⁴¹ El Considerando (78) añade además que dichas consultas deben realizarse “*de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación, de 13 de abril de 2016*”. De hecho, con el objetivo de garantizar una participación equitativa en la preparación de los actos delegados, el Parlamento Europeo y el Consejo recibirán toda la documentación al mismo tiempo que los expertos de los Estados miembros, y sus expertos tendrán acceso sistemáticamente a las reuniones de los grupos de expertos de la Comisión que se ocupen de la preparación de actos delegados.

²⁴² También para sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota, así como al personal, incluidos los pilotos a distancia, y a las organizaciones que intervengan en estas actividades (art. 58 Reglamento (UE) 2018/1139).

²⁴³ Precepto 58.1 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁴⁴ Así como para sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota, así como para el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que participan en tales actividades (precepto 58.1 Reglamento (UE) 2018/1139).

²⁴⁵ Las otras solicitudes en relación a los certificados que se pueden realizar son el mantenimiento, la modificación, la limitación, la suspensión o la revocación de los certificados (precepto 58.1 Reglamento (UE) 2018/1139). Las condiciones y procedimientos relativos a los certificados y a las declaraciones arriba señaladas se realizarán también para sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota, así como para el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que participan en tales actividades (precepto 58.1 Reglamento (UE) 2018/1139).

Como se ha señalado en el apartado de competencias delegadas (art. 56 Reglamento (UE) 2018/1139), para ciertos tipos de aeronaves no tripuladas, la aplicación de las disposiciones del Reglamento (UE) 2018/1139 en cuanto a registro, certificación, identificación, supervisión y ejecución, así como de las disposiciones de los capítulos IV y V, no es necesaria a efectos de alcanzar niveles adecuados de seguridad²⁴⁶. En cuyo caso, los mecanismos de supervisión del mercado de la legislación de la Unión en materia de armonización de productos deben ser aplicables en estos casos²⁴⁷. Así pues, los requisitos esenciales recogidos en el art. 55 y las normas detalladas con arreglo al art. 58 supondrán la “legislación comunitaria de armonización” en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y en la Decisión núm. 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁴⁸.

- d) De manera idéntica que el apartado c) del art. 57, las facultades y obligaciones de los titulares de certificados y de las personas físicas y jurídicas que efectúen declaraciones.
- e) Al igual que el art. 57 en su apartado f), las condiciones para la conversión de los certificados nacionales en los certificados exigidos, tal y como señala el precepto 56.1.

89. El precepto 58.2 señala que: *“En lo que respecta al diseño, la producción, el mantenimiento y la explotación de las aeronaves a que se refiere el artículo 21, apartado 1, letras a) y b), en lo que respecta a aeronaves no tripuladas, y sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota, así como al personal, incluidos los pilotos a distancia, y a las organizaciones que intervengan en estas actividades”*, se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 128 (Ejercicio de la delegación), con el objetivo de modificar los requisitos esenciales para aeronaves no tripuladas del anexo IX, y, si procede, el anexo III que establece los requisitos esenciales para la compatibilidad medioambiental relacionada con los productos.

Precisamente los requisitos medioambientales del anexo III son de aplicación para todas las aeronaves, tripuladas y no tripuladas, luego es en relación con las aeronaves no tripuladas cuando surja la necesidad de modificar este anexo III²⁴⁹. De hecho, el precepto 58.2 señala que la Comisión tendrá poderes para cambiar esos dos anexos, cuando resulte necesario como consecuencia de los avances técnicos, operativos o científicos o de pruebas verificadas de seguridad en relación con las operaciones aéreas²⁵⁰. Luego este precepto se ha añadido teniendo en el horizonte a las aeronaves no tripuladas, puesto que los principales avances en el sector aeronáutico van a ir en esta dirección.

Cuando se hace referencia al art. 21, se trata de un error, al igual que sucede en el art. 55 del Reglamento (UE) 2018/1139, puesto que el art. 21 recoge la regulación de los pilotos, cuando en realidad se pretende hacer alusión al art. 2, apartado 1, letras a) y b), en las que se detalla el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139²⁵¹.

²⁴⁶ Precepto 56.5 y Considerando (30) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁴⁷ Considerando (30) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁴⁸ Precepto 56.5 Reglamento (UE) 2018/1139. *Vid.* Decisión núm. 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, DO núm. L 218, 13 agosto 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo; Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, DO núm. 218, 13 agosto 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93.

²⁴⁹ Apartado 3 del Anexo IX Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁵⁰ Precepto 58.2 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁵¹ El precepto 2.1 del Reglamento (UE) 2018/1139 señala de forma literal: *“El presente Reglamento será aplicable:*

a) al diseño y producción de productos, componentes y equipos para el control de aeronaves a distancia por una persona física o jurídica bajo la supervisión de la Agencia o de un Estado miembro, en la medida en que no estén cubiertos por la letra b);

b) al diseño, producción, mantenimiento y operación de aeronaves, así como sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos asociados para controlar aeronaves a distancia, cuando la aeronave esté o vaya a estar:

i) matriculada en un Estado miembro, a menos y en la medida en que el Estado miembro haya transferido sus responsabilidades de conformidad con el Convenio de Chicago a un tercer país y que la explotación de la aeronave recaiga en un operador de aeronaves de un tercer país,

ii) matriculada en un tercer país y explotada por un operador de aeronaves establecido, residente o con un centro de actividad principal en el territorio al que se aplican los Tratados,

iii) una aeronave no tripulada, que no esté matriculada ni en un Estado miembro ni en un tercer país y que esté explotada

C) El registro

90. La obligatoriedad del registro y matriculación de aeronaves ya fue establecido por el Convenio de la ICAO, en sus arts. 17 a 21, cuando se empezó a desarrollar la aviación civil y eran prácticamente las aeronaves tripuladas las que ocupaban el espacio aéreo²⁵². Así que cuando posteriormente, se ha producido la aparición y proliferación de las aeronaves no tripuladas, como son consideradas aeronaves, están sometidas a las normas existentes en materia de navegación aérea establecidas por la ICAO, entre las que están las relativas a la matriculación. Ahora bien, cada Estado contratante de la ICAO debe proceder al desarrollo reglamentario de la normativa concreta en relación con la matriculación de las aeronaves.

Por esta razón en el Anexo IX del Reglamento (UE) 2018/1139, apartado 4.1, se establece, que sin perjuicio de las obligaciones a las que están sometidos los Estados miembros en virtud del Convenio de ICAO, las aeronaves no tripuladas cuyo diseño esté sujeto a certificación (precepto 56.1), se registrarán de conformidad con los actos de ejecución (art. 57).

En este sentido, las normativas nacionales de los Estados miembros ya contemplan la obligatoriedad del registro o matriculación de las aeronaves no tripuladas que entran dentro de su ámbito de aplicación, aquellas con un MTOM de menos de 150 kg²⁵³. En concreto, en España, el art. 9 del Real Decreto 1036/2017 establece que las aeronaves no tripuladas con una masa máxima en el despegue superior a 25 kg deberán cumplir los requisitos de inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, tal y como señala el art. 29 de la Ley española sobre Navegación Aérea²⁵⁴.

Sin embargo, la Propuesta de la EASA, establece la obligatoriedad del registro de las aeronaves no tripuladas que entren dentro de la denominada “categoría abierta” que tengan una masa máxima en el despegue mayor de 900 g²⁵⁵. En dicha Propuesta de la EASA, no sólo señala la obligatoriedad de la inscripción de este los drones de peso superior a 900 g, sino que también deberán registrarse los operadores que lleven un dron con masa máxima en el despegue mayor de 250 g²⁵⁶.

91. Así pues, el apartado 4.1 del Anexo IX del Reglamento (UE) 2018/1139 recoge la Propuesta de la EASA y establece la obligatoriedad de que los operadores de aeronaves no tripuladas se tengan que registrar de acuerdo con los actos de ejecución (art. 57) cuando operen:

- (a) Aeronaves no tripuladas que, en caso de impacto, puedan transmitir a un ser humano más de 80 julios de energía cinética. Se ha considerado que la MTOM de una aeronave no tripulada que transmite 80 julios de energía cinética, es de 900 gramos, y son los operadores de las aeronaves no tripuladas a partir de ese peso, los que deben registrarse, puesto que cuando estas aeronaves no tripuladas vuelen por encima de las personas: “*the value of 80 J is retained as threshold kinetic energy that the head of the average person would be able to absorb without the skull being fractured*”²⁵⁷.

en el territorio al que se aplican los Tratados por un operador de aeronaves establecido, residente o con un centro de actividad principal en dicho territorio;”

²⁵² Sobre las condiciones que una aeronave debe cumplir para poder volar *vid.*, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa Internacional de Grandes Aeronaves Civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 31-136.

²⁵³ Pues como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, la anterior normativa, el Reglamento (CE) 216/2008 excluye de su ámbito de aplicación a las aeronaves no tripuladas con MTOM inferior a 150 kg.

²⁵⁴ Sobre la normativa que regula la inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles *vid.*, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa Internacional de Grandes Aeronaves Civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 117-136.

²⁵⁵ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

²⁵⁶ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

²⁵⁷ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 117-121, sobre todo p. 119, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

- (b) Aeronaves no tripuladas cuya operación presente riesgos para la privacidad, la protección de datos de carácter personal, la seguridad o el medio ambiente.
- (c) Aeronaves no tripuladas cuyo diseño esté sujeto a la certificación (precepto 56.1). La obligatoriedad de inscripción del operador de la aeronave no tripulada es una novedad, pues no estaba prevista para ningún tipo de aeronave no tripulada, al menos en la regulación española, recogida en el Real Decreto 1036/2017.

92. En general, cuando se registra una aeronave, tripulada o no tripulada, se le otorga una matrícula, que es la identificación o distintivo que diferencia a una aeronave del resto²⁵⁸. Así, lo prevé también, el apartado 4.3 del Reglamento (UE) 2018/1139, que señala que cuando se tenga que registrar la aeronave (art. 4.1) o el operador de la misma (art. 4.2), la aeronave no tripulada en cuestión se identificará y marcará individualmente, de acuerdo con los actos de ejecución establecidos (art. 57).

93. En conclusión, tal y como establece el Considerando (31) tienen que fijarse los requisitos relativos al registro de las aeronaves no tripuladas, así como de los operadores de aeronaves no tripuladas, teniendo en cuenta los riesgos que pueden representar las aeronaves no tripuladas para la seguridad operativa, la privacidad, la protección de datos personales, la seguridad en general o el medio ambiente.

Asimismo, es necesario establecer sistemas nacionales de registro digitalizados, armonizados e interoperables en los que debe almacenarse información que incluya los datos básicos sobre aeronaves no tripuladas y operadores de aeronaves no tripuladas registrados de conformidad con el Reglamento 2018/1139 y los actos de ejecución adoptados (art. 57)²⁵⁹. Estos sistemas nacionales de registro deben cumplir la legislación de la Unión y la legislación nacional aplicable en materia de privacidad y tratamiento de datos personales, y, además, la información conservada en estos sistemas de registro debe ser fácilmente accesible²⁶⁰.

3. Disposición transitoria

94. La compleja disposición del Reglamento (UE) 2018/1139 está recogida en su art. 140. En primer lugar, aunque el Reglamento (CE) 216/2008 queda derogado, los certificados y las especificaciones de aeronavegabilidad específicas expedidos o reconocidos, así como las declaraciones realizadas o reconocidas en virtud del Reglamento (CE) 216/2008, y sus normas de desarrollo, seguirán siendo válidos y se considerará que han sido expedidos, realizados y reconocidos de acuerdo con las disposiciones correspondientes del Reglamento (UE) 2018/1139; también a efectos de la aplicación del artículo 67 (Validez y reconocimiento de certificados y declaraciones)²⁶¹.

Por lo tanto, a pesar de lo dispuesto en los artículos 55 y 56, que recoge la normativa básica para la “Conformidad de los drones”, las disposiciones pertinentes del Reglamento (CE) núm. 216/2008 seguirán aplicándose hasta que entren en vigor los actos delegados (art. 58) y los actos de ejecución (art. 57) del Reglamento (UE) 2018/1139²⁶².

95. Además, como para la interoperabilidad de la red europea de gestión del tráfico aéreo (REGTA), están en el Reglamento (UE) 2018/1139 o lo estarán en actos delegados o de ejecución adoptados en base al mismo, deberá derogarse también el Reglamento (CE) núm. 552/2004, denominado Reglamento de interoperabilidad²⁶³. Sin embargo, es necesario un período de tiempo establecido para la preparación, adopción y puesta en vigor de los actos delegados y de ejecución necesarios²⁶⁴.

²⁵⁸ En lo relativo a las marcas de nacionalidad y matrícula *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa Internacional de Grandes Aeronaves Civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 108-110.

²⁵⁹ Considerando (31) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁶⁰ Considerando (31) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁶¹ Precepto 140.1 Reglamento (UE) 2018/1139. *Vid.* Considerando (82) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁶² Precepto 140.5 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁶³ Reglamento (CE) núm. 552/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, DO núm. L 96 de 31 marzo 2004, relativo a la interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo.

²⁶⁴ Considerando (83) Reglamento (UE) 2018/1139.

Por lo tanto, los actos de ejecución adoptados en virtud del Reglamento (CE) núm. 552/2004, el Reglamento de interoperabilidad, deben, por tanto, seguir siendo aplicables, en particular los Reglamentos (CE) núm. 1033/2006, (CE) núm. 1032/2006, (CE) núm. 633/2007, (CE) núm. 262/2009, (CE) núm. 29/2009, (UE) núm. 73/2010, de la Comisión; y los Reglamentos de Ejecución (UE) núm. 1206/2011, (UE) núm. 1207/2011 y (UE) núm. 1079/2012 de la Comisión²⁶⁵. De la misma manera, que determinados artículos del Reglamento (CE) núm. 552/2004 y sus anexos, deben también seguir siendo aplicables hasta la fecha de aplicación de los actos delegados y de ejecución afectados²⁶⁶.

El apartado 2 del art. 140, señala que en un plazo de cinco años como máximo, es decir el 12 de septiembre de 2023, las normas de desarrollo adoptadas en virtud del Reglamento (CE) núm. 216/2008 y del Reglamento (CE) núm. 552/2004 deberán adaptarse al Reglamento (UE) 2108/1139²⁶⁷. Se establece un período de cinco años, porque los poderes para adoptar actos delegados a la Comisión se otorgan durante ese período a contar desde el 11 de septiembre de 2018²⁶⁸.

96. Por esta razón, la Agencia tiene como mucho tres años después del 11 de septiembre de 2018, es decir el 12 de septiembre de 2021, para presentar, de acuerdo con el artículo 76, apartados 1 y 3, del presente, dictámenes sobre propuestas de modificación de:

- (a) Los Reglamentos (UE) núm. 748/2012, (UE) núm. 1321/2014, (UE) núm. 1178/2011 y (UE) núm. 965/2012 de la Comisión²⁶⁹. Estos son normas de desarrollo del Reglamento (CE)

²⁶⁵ Reglamento (CE) núm. 1033/2006 de la Comisión, de 4 de julio de 2006, DO núm. L 186, 7 julio 2006, por el que se establecen los requisitos relativos a los procedimientos de los planes de vuelo en la fase de prevuelo para el cielo único europeo; Reglamento (CE) núm. 1032/2006 de la Comisión, de 6 de julio de 2006, DO núm. L 186 de 7 julio 2006, por el que se establecen requisitos para los sistemas automáticos de intercambio de datos de vuelo a efectos de notificación, coordinación y transferencia de vuelos entre dependencias de control del tránsito aéreo; Reglamento (CE) núm. 633/2007 de la Comisión, de 7 de junio de 2007, DO núm. L 146, de 8 junio 2007, por el que se establecen requisitos para la aplicación de un protocolo de transferencia de mensajes de vuelo utilizado a efectos de notificación, coordinación y transferencia de vuelos entre dependencias de control del tránsito aéreo; Reglamento (CE) núm. 262/2009 de la Comisión, de 30 de marzo de 2009, DO núm. L 84 de 31 marzo 2009, por el que se establecen requisitos para la atribución y utilización coordinadas de los códigos de interrogador en modo S para el cielo único europeo; Reglamento (CE) núm. 29/2009 de la Comisión, de 16 de enero de 2009, DO núm. L 13, 17 enero 2009, por el que se establecen requisitos relativos a los servicios de enlace de datos para el cielo único europeo; Reglamento (UE) núm. 73/2010 de la Comisión, de 26 de enero de 2010, DO núm. L 23, 27 enero 2010, por el que se establecen requisitos relativos a la calidad de los datos aeronáuticos y la información aeronáutica para el cielo único europeo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1206/2011 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2011, DO núm. L 305, 23 noviembre 2011, por el que se establecen los requisitos en materia de identificación de aeronaves para la vigilancia del cielo único europeo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1207/2011 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2011, DO núm. L 305, 23 noviembre 2011, por el que se establecen los requisitos de rendimiento e interoperabilidad de la vigilancia del cielo único europeo; Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1079/2012 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2012, DO núm. L 320, 17 noviembre 2012, por el que se establecen requisitos de separación entre canales de voz para el Cielo Único Europeo.

²⁶⁶ Considerando (83) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁶⁷ Por lo tanto, hasta que se produzca la adaptación, señala el art. 140 del Reglamento (UE) 2018/1139, en su apartado 2 que: *“todas las referencias en esas normas de desarrollo a:*

a) *“operación comercial” se entenderán como referencia al artículo 3, letra i), del Reglamento (CE) n.º 216/2008;*
 b) *“aeronave propulsada compleja” se entenderán como referencia al artículo 3, letra j), del Reglamento (CE) n.º 216/2008;*
 c) *“equipos” se entenderán como referencia al artículo 3, apartado 28, del presente Reglamento;*
 d) *“licencia de piloto de recreo” se entenderán como referencia a la licencia mencionada en el artículo 7, apartado 7, del Reglamento (CE) n.º 216/2008.*

²⁶⁸ Precepto 128.2 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁶⁹ Reglamento (UE) núm. 748/2012 de la Comisión, de 3 de agosto de 2012, DO núm. L 224, 21 agosto 2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción; Reglamento (UE) núm. 1321/2014 de la Comisión, de 26 de noviembre de 2014, DO núm. L 362, 17 diciembre 2014, sobre el mantenimiento de la aeronavegabilidad de las aeronaves y productos aeronáuticos, componentes y equipos y sobre la aprobación de las organizaciones y personal que participan en dichas tareas; Reglamento (UE) núm. 1178/2011 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2011, DO núm. L 311, 25 noviembre 2011, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil en virtud del Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (UE) núm. 965/2012 de la Comisión, de 5 de octubre de 2012, DO núm. L 296, 25 octubre 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo.

216/2008, que abordan los aspectos relativos a: la aeronavegabilidad, fundamentalmente certificación y mantenimiento de aeronaves y productos relacionados, así como de organizaciones de diseño y producción, y personal que participa en tales tareas; al personal de vuelo; y a las operaciones aéreas.

- (b) Las especificaciones de certificación aplicables, con el fin de adaptarlas al Reglamento (UE) 2018/1139, por lo que respecta a las aeronaves destinadas principalmente a usos deportivos y recreativos. Este aspecto es especialmente importante en lo que afecta a las aeronaves no tripuladas destinadas a usos deportivos o recreativos, teniendo en cuenta que en este sector de actividad debe preverse la aplicación de normas sencillas y proporcionadas²⁷⁰.

Se establece un plazo de tres años para que la Agencia realice propuestas en relación a las materias señaladas, porque todos los aspectos relativos a la aeronavegabilidad, personal de vuelo y operaciones aéreas deben ser desarrollados a la mayor brevedad posible.

97. También, en un plazo de tres años, es decir, antes del 12 de septiembre de 2021, la Agencia podrá publicar documentación orientativa para su uso voluntario por parte de los Estados miembros con el fin de respaldar el desarrollo de normas nacionales proporcionadas relativas al diseño, la producción, el mantenimiento y el funcionamiento de las aeronaves enumeradas en el anexo I²⁷¹.

En el Anexo I se recogen las aeronaves que están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139. El Considerando (4) señala que no es conveniente someter a todas las aeronaves a normas comunes. Más concretamente, a la vista de su riesgo limitado para la seguridad de la aviación civil, hay aeronaves que deben permanecer bajo el control reglamentario de los Estados miembros, sin que el Reglamento (UE) 2018/1139 imponga a los demás Estados miembros la obligación de reconocer esa normativa, siendo este el caso de las aeronaves: de diseño simple, las que realizan operaciones en un ámbito principalmente local; aquellas que son de construcción artesanal; de un modelo especialmente raro; o cuando solo exista un número de unidades reducido²⁷². Y es en relación a las mismas, que la Agencia puede publicar la citada documentación orientativa.

98. También se obliga a los Estados miembros a extinguir o a adaptar los acuerdos bilaterales existentes que hayan celebrado con países terceros en relación con los ámbitos abarcados por el Reglamento (UE) 2018/1139, a partir de la entrada en vigor del mismo, el 11 de septiembre de 2018; y, en cualquier caso, antes del 12 de septiembre de 2021, es decir, en un plazo máximo de tres años²⁷³.

VI. Nueva regulación de la FAA

99. La FAA ha publicado la *Part 107* que pretende regular las operaciones de pequeños drones, que entró en vigor el 29 de agosto de 2016 y que creará nuevas oportunidades para los negocios y el uso de drones, abriendo nuevos caminos hacia la integración de los UAS en el espacio aéreo de la nación²⁷⁴.

Para empezar, la regulación de la FAA no es aplicable a los drones destinados a fines recreativos²⁷⁵. La nueva regulación es aplicable a los drones cuyo MTOM sea de 55 libras, que equivale a 25 kg²⁷⁶. Sin embargo, se establecen ciertas restricciones: que el piloto remoto debe pasar un test escrito y tener al menos 16 años o ser supervisado por alguien que tenga un certificado. Además, tiene que volar

²⁷⁰ Considerando (6) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁷¹ Precepto 140.4 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁷² Considerando (4) Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁷³ Precepto 140.6 Reglamento (UE) 2018/1139.

²⁷⁴ A. VACCA/ H. ONISHI, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 56; R.-G. OLSEN, "Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones", *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 32, n° 2, 2018, p. 628.

²⁷⁵ R.-G. OLSEN, "Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones", *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 32, n° 2, 2018, p. 630.

²⁷⁶ Esta regulación de drones de 25 kg se correspondería con la categoría abierta prevista en la Propuesta de la EASA.

por debajo de 400 pies (120 m.), durante el día y al menos a 5 millas de los aeropuertos. Es obligatorio que los drones con una masa máxima en el despegue de 25 kg estén registrados. Y por último, la operación debe realizarse dentro del alcance visual del piloto²⁷⁷.

Además, los drones no pueden ser operados desde una aeronave, ni desde un vehículo en movimiento, salvo si se trata de áreas escasamente pobladas²⁷⁸. Por supuesto, están prohibidas las operaciones temerarias y peligrosas con drones. Y las características más importantes quizás son dos: (a) no es necesaria ningún certificado de aeronavegabilidad, aunque es responsabilidad del piloto inspeccionar el dron antes de volar y; (b) los drones pueden sólo operar sobre la gente directamente involucrada en la operación del dron²⁷⁹.

Una diferencia fundamental con las regulaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea es que los drones pueden realizar transportes de carga, siempre que el peso combinado del peso de la aeronave y la carga útil no exceda de 55 libras (25 kg). Está prohibido, en eso sí que coincide con la normativa interna de los Estados miembros, la operación de drones comerciales entre Estados de Estados Unidos²⁸⁰.

Ahora bien, se exige que los drones destinados a usos recreativos sean registrados online, concretamente los que tengan un MTOM superior a 250 g²⁸¹.

100. La nueva regulación, por tanto, también establece restricciones de velocidad y altura, así como otros límites operacionales. Esto ha provocado que la utilización de drones para servicios de paquetería no haya sido posible, de momento, obstaculizando los esfuerzos de Amazon y Google de que sus envíos sean realizados a través de drones²⁸².

Para empezar, las estrictas limitaciones de la FAA en relación a los drones son debidas a que se había desarrollado para la aviación de vigilancia, es decir se trataba de drones que operaban fuera de áreas de población, no se destinaban al transporte y los drones estaban virtualmente unidos a sus operadores; y volaban en el espacio aéreo nacional²⁸³. Pues bien, esta restrictiva regulación de los drones que se aplicaba a operadores de pequeña escala o pequeños, falla cuando es de aplicación a los operadores de gran escala o grandes, como Amazon. Por lo tanto, se ha hecho necesario que la FAA proporcione un marco regulatorio que apoye el uso de drones comerciales en el espacio aéreo nacional²⁸⁴.

Los aspectos de seguridad y motivos sociológicos no favorecen el que los operadores de drones a gran escala como Amazon puedan desarrollarse²⁸⁵. Sin embargo, es precisamente la aviación tripulada la que favorece el comercio, de manera que la FAA puede destinar los mismos medios que utiliza en verificar que se cumplen los requisitos de seguridad de las operaciones realizadas por aeronaves tripuladas, para aquellas operaciones realizadas por aeronaves no tripuladas²⁸⁶. De hecho, los drones tienen ventaja con respecto a las aeronaves tripuladas²⁸⁷. Mientras que capacidad de una aerolínea para patrocinar el desarrollo de una aeronave era todo un logro, Amazon y DHL ya han invertido en la tecnología de los drones para que cumplan con la regulación de la FAA.

²⁷⁷ A. VACCA/ H. ONISHI, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 56.

²⁷⁸ R.-G. OLSEN, "Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones", *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 32, n° 2, 2018, p. 631.

²⁷⁹ *Idem*, p. 631.

²⁸⁰ *Idem*, p. 630.

²⁸¹ A. VACCA/ H. ONISHI, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 56.

²⁸² "Unmanned Aerial Vehicles - The Economic Case for Drones", editor MarketLine, a Progressive Digital Media business, London, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland, 6 de enero de 2014, p. 14; A. VACCA/ H. ONISHI, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 56.

²⁸³ R.-G. OLSEN, "Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones", *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 32, n° 2, 2018, p. 622.

²⁸⁴ *Idem*, p. 622.

²⁸⁵ *Idem*, p. 646.

²⁸⁶ *Idem*, pp. 646-647.

²⁸⁷ *Idem*, p. 648.

Por otro lado, el tráfico de los drones debe ir más allá del alcance visual del piloto. En 1950, era ya insuficiente que una aeronave fuese pilotada dentro del alcance visual del piloto para prevenir la colisión en el aire. Y por esta razón la FAA introdujo el radar y computadoras para dirigir el tráfico aéreo de manera efectiva. La dependencia exclusiva de la visión del piloto es incluso menos importante cuando se trata de un dron que cuando se trata de una aeronave tripulada. De hecho, para aumentar la seguridad, el dron autónomo es una posibilidad²⁸⁸. En esto los drones requerirían de unos sistemas de vuelo por ordenador, que pudieran ser programados para operar dentro del espacio aéreo definido por la FAA. Mediante sistemas “de ver y evitar” (*see-and-avoid systems*) y la interconectividad de los drones, se podrían dirigir los drones de forma efectiva. En este sentido, los drones autónomos, programados para operar dentro de un espacio aéreo definido, sería compatible con las normas de la FAA²⁸⁹.

Por último, el desarrollo de los operadores de drones comerciales va a depender de la percepción pública, y la FAA tiene interés en mejorar la percepción pública de los mismos. Las operaciones de grandes drones comerciales son compatibles con la regulación de la FAA, y esto debe ser comprendido por la sociedad²⁹⁰.

101. En cualquier caso, aunque la nueva regulación de la FAA permite las operaciones de drones comerciales, esto sólo es posible en zonas alejadas de población, prohibiendo su vuelo por encima de las personas. Por lo tanto, para algunos autores, se deberían eliminar las prohibiciones y especificar un nivel mínimo de fiabilidad eléctrica y mecánica para la automatización de los drones, el rango de vuelo más allá del piloto y de vuelo sobre las personas. Al establecer niveles de seguridad, se ofrece a los drones comerciales la posibilidad de ser desarrollados, en vez de ser excluidos completamente²⁹¹.

Así pues, los fabricantes de drones han tomado la iniciativa, y Amazon y DHL han fabricado sistemas entrega de paquetes por parte de drones, que han probado con éxito, pero necesitan un cambio de regulación de la FAA para poder ser real²⁹². Por lo tanto, de momento, la entrega de paquetes a los consumidores a través de drones comerciales no es posible, aunque parece estar más cerca que cuando en el año 2013 Amazon anunciara la posibilidad de ofrecer su servicio de “*Amazon Prime*” mediante drones, con el objetivo de llevar paquetes de hasta 2,3 kg de peso, lo cual supondría cerca del 86% de las órdenes de pedido de Amazon²⁹³.

VII. Conclusiones: próximos pasos

102. Una de las novedades introducidas por el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139 con respecto a su antecesor el Reglamento (CE) 216/2008 es que la regulación de las aeronaves no tripuladas no se va a establecer solamente en función del peso de la aeronave.

Así, el Reglamento (CE) 216/2008 no era de aplicación: ni a los drones con una masa máxima en el despegue inferior a 150 kg; ni a las aeronaves en general, ya fueran tripuladas o no tripuladas, destinadas a operaciones aéreas especializadas o a vuelos experimentales, bajo determinadas condiciones establecidas en el Anexo II del Reglamento (CE) 216/2008, que recoge las aeronaves que están excluidas del ámbito de aplicación de dicho instrumento internacional. En consecuencia, las diferentes normativas nacionales de los Estados miembros tuvieron que desarrollar su propia legislación en relación a las aeronaves no tripuladas que no estaban bajo el paraguas del Reglamento (CE) 216/2008.

103. En el caso de España, la normativa que regula las aeronaves no tripuladas con una masa máxima en el despegue (MTOM) inferior a 150 kg, y aquellas aeronaves no tripuladas destinadas a operaciones

²⁸⁸ *Idem*, p. 648.

²⁸⁹ R.-G. OLSEN, “Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones”, *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 32, nº 2, 2018, p. 649.

²⁹⁰ *Idem*, pp. 649-650.

²⁹¹ *Idem*, pp. 650-651.

²⁹² *Idem*, pp. 650-651.

²⁹³ “Unmanned Aerial Vehicles - The Economic Case for Drones”, editor MarketLine, a Progressive Digital Media business, London, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland, 6 de enero de 2014, p. 14.

especializadas o vuelos experimentales con independencia de su MTOM, es el Real Decreto 1036/2017. Así pues, en sus arts. 21 a 24 se establece que las operaciones especializadas, también denominadas trabajos técnicos, científicos o trabajos aéreos, tales como, actividades de investigación y desarrollo, actividades agroforestales, levantamientos aéreos, fotografía, vigilancia, observación y patrulla, prevención y control de emergencias, o búsqueda y salvamento, realizadas por RPA que no disponen de certificado de aeronavegabilidad, tienen que hacerse siempre en espacio aéreo no controlado y fuera de una zona de información de vuelo (FIZ), cumpliendo con las siguientes condiciones: (a) dentro del alcance visual del piloto o VLOS (*Visual Line of Sight*); (b) a una distancia horizontal del piloto, o en su caso de los observadores, no mayor de 500 m; (c) a una altura máxima del suelo de 120 m (400 pies), o sobre el obstáculo más alto situado dentro de un radio de 150 m (500 pies) desde la aeronave; (d) tienen que realizarse a una distancia que supere los 8 km respecto de aeródromos o aeropuertos; (e) deben desarrollarse de día y en condiciones meteorológicas de vuelo visual o VMC (*Visual Flight Meteorological Conditions*); (f) tienen que realizarse fuera de aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o de reuniones de personas al aire libre.

Ahora bien, el Real Decreto 1036/2017, aunque no forma parte de su objeto, también establece limitaciones similares cuando se trata de aeronaves no tripuladas destinadas exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete; y lo mismo sucede, en relación con las aeronaves no tripuladas utilizadas con objetivos diferentes a los señalados, es decir cuando se trate de RPA con fines que no sean profesionales, ni lúdicos.

En cualquier caso, el Real Decreto 1036/2017 prevé la posibilidad de que se realicen operaciones fuera del alcance visual del piloto (BVLOS) o sobre aglomeraciones o incluso de noche, pero añade más limitaciones en cuanto a las condiciones para realizar la operación y especifica el tipo de operación que se puede realizar. Por ejemplo, los RPA destinados exclusivamente a actividades deportivas, recreativas, de competición y exhibición, así como a actividades lúdicas propias de las aeronaves de juguete, pueden realizar operaciones sobre aglomeraciones de edificios en ciudades, pueblos o lugares habitados o de reuniones de personas al aire libre. Ahora bien, sólo pueden hacerlo si se trata de aeronaves de hasta 250 g que operen a una altura que no supere los 20 m.

104. Ahora bien, lo anterior ha propiciado un mercado fragmentado por lo que respecta a los drones, ya que cada Estado posee su propia legislación interna. Así que se hizo necesario desarrollar una normativa de la Unión Europea para conseguir una regulación uniforme, que impulsara la creación de un mercado europeo de drones, en el que los avances científicos y la innovación tecnológica es fundamental.

Por ello, la EASA en el año 2015 empezó a elaborar una Propuesta de modificación del Reglamento (CE) 216/2008 porque consideraba y sigue considerando en la actualidad, que el peso del dron no es el único criterio que se debe seguir, si se quiere conseguir una regulación apropiada y proporcional de los drones, que no limite el desarrollo futuro del mercado de dichas aeronaves, pues se espera que este explote en los próximos años; y todo ello se ha reflejado finalmente en el actual Reglamento (UE) 2018/1139.

La Propuesta de la EASA señala tres categorías propuestas en las que clasificar las aeronaves no tripuladas que se basan en el riesgo que su operación supone para terceros (personas y propiedades) y son las siguientes:

- (a) Categoría abierta, que es aquella que implica riesgo bajo.
- (b) Categoría específica, que es la que implica riesgo medio.
- (c) Categoría certificada, que es la que conlleva riesgo alto.

En la clasificación, se usa el riesgo a la hora de clasificar las operaciones de los drones ya que, por ejemplo, una aeronave no pilotada en el mar abierto ofrece un peligro menor que una más pequeña que sobrevuela a los espectadores de un estadio.

Además, uno de los aspectos más importantes que se aborda en la Propuesta de la EASA es la necesidad del desarrollo urgente del concepto de “*U-Space*”, que consiste en el acceso para las aeronaves no tripuladas al nivel bajo del espacio aéreo especialmente en zonas urbanas, concretamente por debajo de 150 pies o 500 metros.

Otro de los aspectos relevantes de la Propuesta de la EASA es que el establecimiento de los requisitos de diseño para UAS pequeños, de hasta 25 kg se implementarán mediante el uso de la conocida como marca CE (“Conforme Europa”) para productos comercializados en Europa. El operador encontrará en cada uno de estos drones dependiendo de si es clasificado como C1, C2, C3 o C4, una información con qué puede o no puede hacer con el dron para no poner en peligro a las personas. Esto va a ser de aplicación exclusivamente a los UAS diseñados para operar en la categoría abierta.

105. Finalmente entró en vigor el 11 de septiembre de 2018 el Reglamento (UE) 2018/1139 que va a ser de aplicación a todas las aeronaves, tripuladas y no tripuladas, con independencia de su tamaño. Aunque el Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1139 contiene un listado de las aeronaves excluidas de su ámbito de aplicación, ninguna aeronave no tripulada está excluida, a diferencia de lo que sucedía con el Reglamento (UE) 216/2008 (Anexo II). Esto es como consecuencia de que el legislador europeo considera que ningún tipo de aeronave no tripulada supone un riesgo bajo para la seguridad aérea y porque pretende que la normativa aplicable a las aeronaves no tripuladas sea uniforme en todos los Estados miembros.

El Reglamento (UE) 2018/1139 también introduce otra novedad con respecto al Reglamento (CE) 216/2008 y es que dentro del concepto de aeronave no tripulada se encuentran tanto las aeronaves pilotadas por control remoto como las aeronaves autónomas.

Sin embargo, el Reglamento (UE) 2018/1139 es un Reglamento Básico, que ha de ser desarrollado mediante actos delegados y de ejecución. La normativa sobre aeronaves no tripuladas está recogida en: la Sección VII bajo el título “Aeronaves no tripuladas” (arts. 55 a 58), dentro del Capítulo III que aborda “Requisitos sustantivos” de todas las aeronaves; y el Anexo IX que recoge “Requisitos esenciales para aeronaves no tripuladas”.

Ahora bien, las medidas adoptadas a través de los actos delegados y de ejecución se corresponderán y serán proporcionadas a la naturaleza y a los riesgos de cada actividad concreta a la que se refieren, en virtud de lo que establece el art. 4.2 del Reglamento (UE) 2018/1139. Por lo tanto, durante la preparación y promulgación de dichas medidas, tanto la Comisión, como la Agencia así como los Estados miembros, deberán tener en cuenta, según proceda para la actividad a realizar: el tipo, la escala y la complejidad de la operación, incluidos, cuando proceda, el tamaño y el tipo del tráfico gestionado por la persona u organización responsable; si la operación está abierta al público; en qué medida otro tráfico aéreo o personas y bienes en tierra podrían verse en peligro por la operación; la finalidad del vuelo y el tipo de espacio aéreo utilizado; y la complejidad y prestaciones de la aeronave no tripulada en cuestión.

En vez de exigirse la obligatoriedad de los certificados, el precepto 56.5 señala que los actos delegados (art. 58) y los actos de ejecución (art. 57) podrán exigir una declaración que confirme el cumplimiento de dichos actos delegados y de ejecución. Al igual que sucede con el requerimiento de los certificados, la declaración relativa a las aeronaves no tripuladas puede solicitarse sobre: (a) el diseño, la producción, el mantenimiento y la operación de las mismas; (b) de sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota; (c) del personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que intervengan en tales actividades. En este sentido, las organizaciones que realizan el diseño y la producción de productos componentes y equipos no instalados aeronáuticos, utilizados en la aviación deportiva y recreativa, deben tener la posibilidad de declarar el cumplimiento de dichos requisitos con las normas del sector pertinentes, pero siempre con sujeción a las limitaciones y condiciones adecuadas para garantizar la seguridad.

En el apartado 4.1 del Anexo IX del Reglamento (UE) 2018/1139 se recoge la Propuesta de la EASA que establece la obligatoriedad del registro de las aeronaves no tripuladas que entren dentro de la denominada “categoría abierta” y que tengan una masa máxima en el despegue mayor de 900 g²⁹⁴. En dicha Propuesta de la EASA, no sólo se señala la obligatoriedad de la inscripción de los drones de peso

²⁹⁴ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

superior a 900 g, sino que también deberán registrarse los operadores que hagan volar un dron con masa máxima en el despegue mayor de 250 g²⁹⁵.

Ahora bien, la Propuesta de la EASA en la que la fijación de los requisitos de diseño para UAS pequeños, de hasta 25 kg, se implementaban mediante el uso de la conocida como marca CE (“Conforme Europa”) para productos comercializados en Europa, de momento no se ha introducido en el Reglamento (UE) 2018/1139; así que habrá que esperar al desarrollo del mismo a través de los correspondientes actos delegados y de ejecución.

Aunque, la nueva regulación ya permite volar a las aeronaves autónomas, esto todavía no es posible. En este sentido, no se cumple ni el primer nivel U1 que debe superarse hasta llegar al funcionamiento pleno del *U-Space*. Existen cuatro niveles del *U-Space*, para conseguir la completa integración de los drones en el *U-Space*, donde el primer nivel U1, consistiría en la realización de los servicios fundamentales para el *U-Space* como son el registro electrónico, la identificación electrónica y la geolocalización²⁹⁶.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2018/1139 permite que las autoridades nacionales españolas –o las de cualquier Estado miembro–, con objeto de lograr mejoras en términos de seguridad, interoperabilidad o eficiencia, pueden decidir que a las aeronaves no tripuladas que realizan actividades y servicios militares realizados en interés público, les sean de aplicación las normas del Reglamento (UE) 2018/1139, más concretamente la sección VII, en cuyos arts. 55 a 58, se recogen las disposiciones relativas a las aeronaves no tripuladas; aunque está pendiente aún el desarrollo de los correspondientes actos delegados y de ejecución. En cuyo caso, el Real Decreto 1036/2017 quedaría totalmente desplazado por el Reglamento (UE) 2018/1139.

En opinión de ciertos autores, el apartado 8 situado al final del artículo 56 del Reglamento (UE) 2018/1139, que recoge la “Conformidad de las aeronaves no tripuladas”, abre la posibilidad a una regulación nacional adicional y concurrente, “*por razones ajenas al ámbito de aplicación del presente Reglamento, en particular por razones de seguridad pública o de protección de la privacidad y de los datos personales con arreglo al Derecho de la Unión*”. Sin embargo, esto no debería suponer un resquicio legal para el desarrollo de normas nacionales por parte de los Estados miembros, puesto que esta opción se contempla en el Reglamento (UE) 2018/1139 tanto para las aeronaves no tripuladas, como para las aeronaves tripuladas.

Por último, el Reglamento (UE) 2018/1139 deroga a su predecesor, el Reglamento (CE) 216/2008 y al Reglamento (CE) núm. 552/2004, el Reglamento de interoperabilidad. Ahora bien, hasta que no se elaboren los actos delegados y de ejecución respecto del Reglamento (UE) 2018/1139, las disposiciones pertinentes de ambas normas seguirán siendo de aplicación. Así pues, el apartado 2 del art. 140, señala que en un plazo de cinco años como máximo, es decir el 12 de septiembre de 2023, las normas de desarrollo adoptadas en virtud del Reglamento (CE) núm. 216/2008 y del Reglamento (CE) núm. 552/2004 deberán adaptarse al Reglamento (UE) 2018/1139.

106. Los próximos pasos en esta materia van hacia la elaboración de los actos de desarrollo y ejecución del Reglamento 2018/1139 que deberán tener en cuenta las tres categorías señaladas en la Propuesta de la EASA.

Por lo que respecta a los usos civiles, hasta hace sólo unos pocos años los drones se utilizaban casi exclusivamente en el sector militar. Pero su gran potencial para el desarrollo de aplicaciones innovadoras está también reconocido en el sector civil, en términos de realización de tareas útiles y de creación de nuevos puestos de trabajo²⁹⁷.

²⁹⁵ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

²⁹⁶ Para ver en detalle cuáles serían aproximadamente los requisitos que se tendrían que cumplir en las distintos niveles del *U-Space*, esto es en el U1, U2, U3 y U4, *Vid. Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 42, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

²⁹⁷ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 8, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

Los UAS se han expandido rápidamente en los Estados miembros, en Estados Unidos y en todo el mundo en áreas tales como: seguridad pública, precisión agrícola, supervisión e inspección de infraestructuras, control de recursos naturales, responsabilidad con el medio ambiente, investigación atmosférica, medios de comunicación y entretenimiento, fotos deportivas, filmación, investigación y protección de la fauna o desastres del relieve²⁹⁸. Por ejemplo, la policía medioambiental de Brasil utiliza los drones para combatir la deforestación en el Amazonas, disuadir a los furtivos y descubrir operaciones ilegales de minería²⁹⁹. Así pues, dado el elevado número de actividades que puede desempeñar un dron, el tamaño, la configuración y la complejidad son extremadamente variados en función de los diferentes tipos de operaciones y usuarios de los drones.

En opinión de la EASA, tras el estudio global del mercado de drones, es importante que exista una eficiente categoría específica -dentro de la clasificación que hace sobre el tipo de operaciones-, ya que dentro estarían todas las actividades de precisión agrícola y de supervisión e inspección de infraestructuras³⁰⁰. Por otro lado, la EASA observa en el estudio mencionado que las actividades realizadas por aficionados con los drones suponen una importante cuota de mercado, lo cual debería tenerse en cuenta en la regulación de los mismos. Por eso, en el Reglamento (UE) 2018/1139 se hace referencia a las aeronaves no tripuladas destinadas al aeromodelismo y que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139, al señalar en el Considerando (34) que la Comisión deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una transición fluida desde los distintos sistemas nacionales al nuevo marco reglamentario de la Unión, de modo que los aviones de aeromodelismo puedan seguir funcionando como hasta ahora, y también deberá tener en cuenta las mejores prácticas existentes en los Estados miembros.

107. En noviembre de 2016, bajo el título “*European Drones Outlook Study: Unlocking the value for Europe*”, se hizo un estudio para poder saber cuáles serían los usos de los drones hasta el año 2050, centrándose en las operaciones con UAS dentro de Europa, incluyendo indicadores económicos³⁰¹. Pues de este estudio se desprende que en Europa va a crecer el mercado de UAS, de manera que la demanda para el año 2035 va a llegar a suponer 10 billones de euros sobre una base anual en términos nominales, mientras que en el 2050 la demanda llegará a suponer 15 billones de euros.

En este sentido los sectores que se van a beneficiar de la potencial industria de UAS son: misiones de rescate y de búsqueda, prevención del impacto de productos químicos en entornos naturales a través de la precisión agrícola, así como desarrolladores de software que creen aplicaciones para los UAS³⁰². Por lo que respecta al uso de drones en misiones de rescate, recientemente se han utilizado los drones en situaciones de emergencia cuando se trata salvar a los inmigrantes que están en el Mar Mediterráneo³⁰³. La tecnología de los drones también puede ser utilizada para ofrecer nuevas soluciones, pues pueden proporcionar acceso a nuevas comunicaciones o producir energía eólica utilizando drones fijados al suelo³⁰⁴.

²⁹⁸ Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (B)), p. 8, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018). Vid. A. VACCA/ H. ONISHI, “Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required”, *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 53.

²⁹⁹ A. VACCA/ H. ONISHI, “Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required”, *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 53.

³⁰⁰ Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (B)), p. 11, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

³⁰¹ El estudio fue realizado en el marco del SESAR (*Single European Sky ATM –Air Traffic Management- Research*). Vid. Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (B)), p. 12, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

³⁰² Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (B)), p. 12, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

³⁰³ A. VACCA/ H. ONISHI, “Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required”, *Transportation Research Procedia* 25, 2017, p. 53.

³⁰⁴ Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category” (NPA 2017-05 (B)), p. 12, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

En cuanto a operaciones más a largo plazo, el estudio recoge que los UAS comerciales más grandes gradualmente serán equipados con versiones iniciales de sistemas pilotados de forma opcional. Se estima que esto se produzca para el año 2030, primero en el transporte de carga y más lentamente hacia el transporte de pasajeros. Para que estos objetivos sean realizables es necesario que haya una aceptación de la sociedad, así como importantes avances en tecnología y en cuanto a la regulación³⁰⁵. Es precisamente la ausencia de regulación, lo que ha provocado que empresas como Amazon, DHL o Google, que cuentan con sus propios drones para realizar entregas de paquetes no hayan podido realizar estos servicios³⁰⁶. Sin embargo, BP sí que pudo utilizar su tecnología para vigilar sus zonas de combustible en Alaska, debido a que la ubicación de dicho territorio estaba lejos de cualquier población.

En el estudio sobre los drones de noviembre de 2016 elaborado por las autoridades europeas pertinentes, se llega a la conclusión de que todas aquellas operaciones realizadas con UAS diseñados para transportar pasajeros –los denominados “coches voladores”–, deberán incluirse en la categoría certificada, como ya se ha adelantado en el presente trabajo.

Sin embargo, es necesario regular el espacio aéreo, para que sea posible la navegación tanto de los drones, ya sean autónomos o pilotados por control remoto, como del resto de usuarios del espacio aéreo, sin que se produzca una colisión.

108. En cuanto a la categoría abierta, es la única para la que se han establecido unos requisitos de diseño para drones pequeños, de hasta 25 kg, que se implementarán mediante el uso de la conocida marca CE (Conforme Europa) para productos comercializados en Europa. El operador encontrará en el dron una información para el consumidor con lo “que hacer” y lo “que no hacer”, destinado a volar el dron sin poner en peligro a las personas.

En esta categoría abierta no se requiere una autorización previa de la autoridad competente, ni una declaración del operador antes de que la operación tenga lugar. La seguridad se garantiza mediante una combinación de limitaciones operacionales, requisitos técnicos para la máquina y la competencia del piloto remoto. Dentro de esta categoría abierta estarían aquellas operaciones que se puedan realizar dentro del alcance visual del piloto (VLOS), como son el aeromodelismo, la filmación y la toma de fotografías y las inspecciones de infraestructuras. Estas últimas si se realizan fuera del alcance visual del piloto, tendrían que cumplir los requisitos de la categoría específica para poder realizar las operaciones con dichas aeronaves no tripuladas.

109. Precisamente las nuevas regulaciones tanto la europea, el Reglamento (UE) 2018/1139 como la de la FAA, *Part 107*, ya contemplan la posibilidad de utilizar las aeronaves no tripuladas comercialmente, es decir que se permite el uso de aeronaves no tripuladas para llevar bienes; y también permiten sobrevolar el espacio aéreo a las aeronaves autónomas. Sin embargo, no está desarrollada la tecnología para que el *U-Space* esté en funcionamiento, tal y como se ha previsto por parte de la EASA; ni tampoco en Estados Unidos el envío de paquetes mediante drones es posible tal y como pretende Amazon. Es necesaria que toda la red de proveedores, así como los procedimientos para los servicios de navegación aérea sean desarrollados de forma adecuada, para que la circulación de los drones en el espacio aéreo se haga en condiciones de seguridad.

En cualquier caso, una vez que sea posible que los drones autónomos o los que transportan paquetes circulen por el espacio aéreo, las nuevas aplicaciones de los drones en un futuro, dado que la industria de los RPAS posee una naturaleza innovadora y dinámica, van a estar orientadas hacia el transporte de personas, es decir hacia los coches voladores³⁰⁷.

³⁰⁵ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 12, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

³⁰⁶ “Unmanned Aerial Vehicles - The Economic Case for Drones”, editor MarketLine, a Progressive Digital Media business, London, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland, 6 de enero de 2014, p. 2; R.-G. OLSEN, “Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones”, *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 32, n° 2, 2018, p. 651.

³⁰⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

El fabricante de aeronaves europeo, Airbus, se ha puesto como objetivo aliviar los problemas de tráfico en algunas ciudades y, para ello, está desarrollando un "coche volador" con el que pretende crear una red de taxis eléctricos, autónomos, multi-rotors y monoplaza. El Vahana, como se denomina este prototipo, que parece más típico de una película futurista, es ya una realidad, si se tiene en cuenta que estará listo para fabricarse en el 2020³⁰⁸. Pero no sólo Airbus ha apostado por los "coches voladores", al menos 19 compañías están desarrollando planes de "automóviles voladores" como son Boeing, Uber o Lillium. Además, Airbus está desarrollando el "coche-dron", que lleva incorporado un "pop.up system", es decir, que es un coche con un dron incorporado que posibilitará a los pasajeros circular por carretera y además sobrevolar los atascos de las grandes ciudades³⁰⁹.

De momento, la circulación de los coches voladores no es posible ni en Europa, ni en Estados Unidos. Sin embargo, Uber ya ha firmado un Acuerdo de Ley Espacial con la N.A.S.A. para crear un nuevo sistema de control del tráfico aéreo para este tipo de naves, puesto que Dallas, Los Ángeles y Dubai son las ciudades anunciadas en las que Uber trabajará en este programa, donde espera poder abrir su servicio de taxis aéreos para el año 2020³¹⁰.

En Estados Unidos existen más avances en este sentido, en cuanto al desarrollo de las infraestructuras necesarias para que puedan operar los drones comerciales, los drones autónomos y los drones que transportan personas. En Europa, sin embargo, aunque la nueva regulación supone un avance en este sentido, es necesario que el espacio aéreo cuente con los medios suficientes para que no se produzcan numerosos incidentes o accidentes entre todos los usuarios del espacio aéreo.

³⁰⁸ M. REDONDO, "Vahana, el "coche volador" de Airbus, está listo para su primer vuelo de prueba", *Hipertextual*, 14 noviembre 2017, disponible en línea en <https://hipertextual.com/2017/11/vahana-coche-volador-airbus-listo-su-primer-vuelo-prueba> (consultado el 12 de marzo de 2018).

³⁰⁹ S.-J. CABRERA, "Airbus Pop.Up Next: la segunda generación del prototipo volador de Airbus", *Motor*, 13 marzo 2018, disponible en línea en <https://www.motor.es/noticias/airbus-popup-next-ginebra-2018-201844603.html> (consultado el 13 de marzo de 2018).

³¹⁰ S.-A. O'BRIEN, "Uber se asocia a la NASA para habilitar taxis voladores", *CNN*, 9 noviembre 2017, disponible en línea en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/11/09/uber-se-asocia-a-la-nasa-para-habilitar-taxis-voladores/#0> (consultado el 12 de marzo del 2018).

IDENTIDAD ISLÁMICA Y ORDEN PÚBLICO: LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

ISLAMIC IDENTITY AND PUBLIC ORDER: THE EFFECTS OF POLYGAMIC MARRIAGE IN THE SPANISH SOCIAL SECURITY SYSTEM

M.^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN

Profesora Contratada Doctora

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0001-5245-3878

Recibido: 09.01.2019 / Aceptado: 18.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4619>

Resumen: En este estudio realizamos un análisis general sobre la relación entre la identidad islámica y el orden público español, y un análisis específico sobre el posible efecto que la concertación de un matrimonio poligámico pueda tener en el derecho a prestaciones de Seguridad Social en España, tomando como punto de partida que su admisión forma parte de la identidad islámica pero es contraria a principios constitucionales esenciales como el derecho a la no discriminación. Y ello teniendo en cuenta el conjunto de prestaciones que abarca el Sistema español y con particular atención al criterio de los Tribunales en relación a las pensiones más controvertidas, cuáles son las de viudedad y orfandad.

Palabras clave: identidad islámica, poligamia, orden público, Sistema Español de Seguridad Social.

Abstract: In this study we realized a general analysis on the relationship between Islamic identity and Spanish public order, and a specific analysis on the possible effect that the conclusion of a polygamous marriage may have on the right to Social Security benefits in Spain, taking as starting point that its admission is part of the Islamic identity but is contrary to essential constitutional principles such as the right to non-discrimination. And this taking into account the benefits covered by the Spanish system and with particular attention to the criteria of the Courts in relation to the most controversial pensions, which are those of widowhood and orphanage.

Keywords: islamic identity, polygamy, public order, Spanish social security system.

Sumario: I. La identidad islámica y su relación con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. II. Poligamia: concepto y relación con la identidad islámica. III. El fenómeno de la inmigración y su impacto en la repercusión de la poligamia en España y la Unión Europea. IV. El conflicto entre el orden público y las manifestaciones de la identidad islámica. V. La poligamia como situación generadora de efectos para el ordenamiento jurídico español. VI. Efectos del matrimonio poligámico en el derecho a prestaciones de Seguridad Social: 1. El matrimonio como institución generadora de prestaciones sociales. 2. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención depende del cumplimiento del requisito de la residencia. 3. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención no se vincula al requisito de la residencia. A) El derecho a la pensión de viudedad. a) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de subsistencia de todos los matrimonios. b) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de divorcio respecto de una de las esposas. B) El derecho a las pensiones de orfandad. VII. Reflexiones finales.

I. La identidad islámica y su relación con el ejercicio del derecho a la libertad religiosa

1. Siendo el tema general de nuestro estudio el impacto que las características propias de la identidad islámica puedan tener en la configuración del orden público europeo y del estado español, sin lugar a dudas una de sus instituciones más cuestionadas y cuestionables es la aceptación y regulación del matrimonio poligámico, y por ello nos centramos particularmente en este aspecto. En este sentido, la previsible existencia de matrimonios poligámicos entre sujetos que profesan la religión islámica, y que pueden residir, incluso ser nacionales, de países que forman parte de la Unión Europea, puede suponer, ya no sólo un choque cultural y en cuanto a costumbres religiosas que tales países puedan tener, sino una evidente conculcación de los postulados que conforman lo que, en términos generales, viene denominándose como “orden público” en el marco de la configuración de su ordenamiento jurídico.

2. Si atendemos al contenido que pueda tener lo que venimos denominando, en términos muy generales, como “identidad islámica”, no podemos afirmar que sea ésta la única cuestión que puede plantear conflictos de tal naturaleza. Otros aspectos han sido y van a seguir siendo objeto de controversia por cuanto suponen contravenir los principios básicos que vienen presidiendo las normas reguladoras de las relaciones jurídico-laborales, o por ser necesario para su ejercicio que tales normas deban modalizarse y ser más flexibles o cambiar su sentido. Tal es el caso, por citar algún ejemplo, de la regularización del uso del denominado “velo islámico”, o de los efectos que puedan tener instituciones desconocidas en Europa como la “Kafala”.

3. Para un correcto entendimiento de la problemática que pueda derivarse de la práctica de los cultos propios que forman parte de la identidad islámica, debemos tener en cuenta que el Islam es una religión monoteísta pero, además de una religión, es considerado como una civilización y una comunidad con proyección de universalidad, la denominada *umma* o comunidad de creyentes del Islam que profesan tal religión¹. Esta comunidad se caracteriza con la realización de una variedad de prácticas y ritos culturales, que pueden diferenciarse entre las denominadas prácticas directas e indirectas², las cuales presentan singularidades que pueden afectar al normal desarrollo de las prestaciones de servicios asalariadas. Su regulación se contempla en la *Sharía*, que configura el derecho islámico originario³, considerado como un derecho de origen divino pues sus fuentes son el *Corán*, libro sagrado que recoge las revelaciones de Alá al profeta Mahoma⁴, y la *Sunna*, que recoge los hechos y dichos del profeta tal y como han sido transmitidos por sus discípulos. Como puede observarse, la identidad islámica se caracteriza porque, a diferencia de lo que sucede en los países que conforman la Unión Europea, todos alejados de este sistema político-social, en ella no es posible diferenciar entre las leyes civiles y las leyes divinas, su sistema normativo está totalmente vinculado a las revelaciones del profeta y, así, sus normas de conducta son de obligado cumplimiento y no provienen de la soberanía popular⁵.

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i DER2016-74971-P “Jurisprudencia y doctrina: incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral”.

A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, enero-abril 2009, p.125.

² Diferenciación que tomamos de J. LACOMBA, “*El Islam inmigrado. Transformaciones y adaptaciones de las prácticas culturales y religiosas*”, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2001, p. 179, y G. L.BARRIOS BAUDOR Y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 1, 2006, pp.15 y ss.

³ Como derecho complementario o derivado se considera la *Kiyás*, o razonamiento jurídico derivado de la analogía, y la *urf-amal*, o jurisprudencia, entre otros.

⁴ Aunque, en sí mismo, el Corán no es un auténtico código jurídico. Así, según E. PASCUAL LLANOS, en “El hiyab”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 20, 2015, p.167, las suras y las aleyas que lo componen no tienen una lógica sistemática, no contiene instituciones básicas del Derecho islámico y el número de versículos es muy inferior al que debería tener un auténtico código.

⁵ Sobre las cuestiones relacionadas con la configuración del derecho islámico, vid. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *op.cit.*, p.126.

4. Teniendo en cuenta la regulación anteriormente citada, las prácticas directas constituyen los cinco pilares básicos en los que se fundamenta la identidad islámica, cuales son: la profesión de fe o creencia en Alá, la oración ritual cinco veces al día, el ayuno obligatorio del Ramadán, la peregrinación a los lugares santos (la Meca) y la limosna legal o impuesto coránico a los necesitados. Su ejercicio obviamente puede tener cierta incidencia en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo pero, probablemente, en el estado español no son las que están planteando mayores problemas en cuanto al surgimiento de conflictos entre empresarios y trabajadores que tengan reflejo en concretas resoluciones judiciales. Es en el ejercicio de las consideradas como prácticas indirectas en las que se está manifestando el surgimiento de los conflictos con los postulados del ordenamiento jurídico-laboral.

5. Las prácticas indirectas, propias de la identidad islámica, las constituyen las festividades propias del calendario musulmán⁶ y las prácticas que forman parte de su vida social. Y es en relación a estas últimas en las que encontramos los puntos fundamentales de conflicto, que, sobre todo, están siendo relevantes en los aspectos atinentes a las exigencias del Islam en cuanto a la vestimenta de los integrantes de la comunidad (derivado de la obligatoriedad del uso del denominado “velo islámico” o *Hiyab*) y a las normas que regulan su estado civil, más en concreto en lo referente a la aceptación del matrimonio polígamico. Sobre la posible prohibición de uso del velo islámico en el contexto del desarrollo de actividades profesionales existe, actualmente, un intenso debate jurídico, tanto a nivel de tribunales estatales como en el seno del propio Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷, sobre el cual no existe un criterio uniforme y que pone de manifiesto la complejidad que puede llegar a suponer la conciliación de los derechos y principios fundamentales que conforman los ordenamientos jurídicos europeos con el ejercicio de la libertad religiosa que se propugna.

6. En tal sentido, como punto de partida ineludible debemos tener en cuenta que, en España, desde la instauración del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto en el art. 16.1 de la Constitución española, existe un pleno reconocimiento del derecho al ejercicio de las prácticas propias de todas las confesiones religiosas en el contexto establecido por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa. Y, en virtud de dicha norma, las creencias religiosas no pueden constituir un motivo de desigualdad o discriminación⁸, estando incluido en el derecho a la libertad religiosa la profesión de las creencias libremente elegidas y el practicar los actos de culto, recibir asistencia religiosa de su confesión, conmemorar sus festividades y celebrar sus ritos matrimoniales⁹. Como limitación fundamental de este derecho, la Ley Orgánica 7/1980 establece que “*tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*”. Precisamente, es en este contexto de la protección del orden público mencionado, y al cual nos referiremos posteriormente, en el cual se debate si el ejercicio de determinadas prácticas indirectas relacionadas con la identidad islámica, como es el caso del matrimonio polígamico, debería ser prohibido o, si ya lo está, estar carente de cualquier efecto jurídico.

⁶ Siguiendo a G. L. BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit., p. 17, las más significativas son el primer día del año nuevo islámico (*Al Hiyra*, 1º del Muharram), el décimo día del Muharram (*Achura*), el día del nacimiento del profeta (*Idu-Al-Maulid*), la fecha de viaje nocturno y la ascensión del profeta (*Al IsraWa Al-Mi'Ray*), el día de la culminación del ayuno del Ramadán (*Idu Al-fitr*) y la celebración del sacrificio del profeta Abraham (*Idu Al-Adha*).

⁷ Por todas, STEDH 26 noviembre 2015, caso Ebrahimian contra Francia y STJUE 14 marzo 2017, Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA, y 14 marzo 2017, Caso Samira Achbita y Centrumvoorgelijkheid van kansen en voorracismebestrijding contra G4S Secure Sol. Hay que destacar que las dos sentencias del Superior de Justicia de la Unión Europea, habiendo sido dictadas en la misma fecha, llegan a conclusiones distintas en cuanto a si es contrario o no al principio de no discriminación el despido de una trabajadora por usar el velo islámico. A nivel interno, STSJ 22 junio 2017, rec. 179/2017.

⁸ Art. 1.1.

⁹ Art. 2.1 a) y b).

7. En cualquier caso, y en base a lo previsto en la Ley Orgánica 7/1980 en relación a la posibilidad establecida de que el Estado pueda celebrar Acuerdos o Convenios de cooperación con las comunidades religiosas inscritas en el Registro Público de Entidades Religiosas¹⁰, que por su ámbito y número de creyentes tengan particular arraigo en España¹¹, está vigente en España el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España¹², en el cual se sientan las bases fundamentales para que puedan ejercerse los actos y ritos fundamentales que se derivan de la *Sharía* en el territorio español¹³. Cuestión distinta es que nos podamos plantear si el contenido de dicho Acuerdo es lo suficientemente amplio o si tiene un limitado alcance, que impide que los mismos se puedan desenvolver con totales garantías¹⁴. A su contenido sobre la validez del matrimonio musulmán en el territorio español haremos referencia en posteriores epígrafes.

8. En el ámbito de la Unión Europea está igualmente consolidado el reconocimiento del derecho a la libertad religiosa como uno de sus pilares fundamentales, tal y como se deduce de su integración en el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*”. Así mismo, el art. 17 del Tratado Fundamental de la Unión Europea determina que “*La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas*”.

9. La postura de la Unión Europea en materia de libertad religiosa parece, pues, que es poco intervencionista¹⁵, en el sentido de respetar la libertad religiosa pero no interferir en la concreta configuración de la misma por los Estados miembros, en virtud del estatuto que a cada comunidad religiosa se quiera conferir. Aun así, el contenido de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, como derecho derivado que es obliga a todos los Estados miembros a evitar cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, en relación a disposiciones, criterios o prácticas que puedan ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción¹⁶.

10. Tal y como interpreta el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea el concepto de “religión” protegida, éste incorpora tanto el denominado “*fórum internum*”, es decir, el propio hecho de tener convicciones, como el “*fórum externo*”, es decir, la manifestación pública de la fe religiosa¹⁷. Como limitación, se establece que la disposición, criterio o práctica que produzca la desventaja se justifique, objetivamente, con una “*finalidad legítima*”¹⁸. Tal finalidad puede tener su directa relación con la limitación establecida por la Ley Orgánica 7/1980 en España, en el sentido de que el ejercicio del

¹⁰ En España están inscritas varias federaciones, comunidades y entidades religiosas de naturaleza islámica, siendo algunas de las más significativas, por ser de ámbito estatal, la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (inscrita con fecha de 5 de octubre de 1989, número 016061) y la Comisión Islámica de España (inscrita con fecha de 19 de febrero de 1992, número 016109).

¹¹ Art. 7.1.

¹² Aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

¹³ Sobre el particular, por todos M. L. JORDÁN VILLACAMPA, “Reflexiones en torno a la justicia islámica y el acuerdo de cooperación del estado español con la comisión islámica de España”, en AA.VV. *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Barcelona, 1994.

¹⁴ Por ejemplo, para G. L. BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR en “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit., p. 38, el contenido del Acuerdo se considera manifiestamente limitado en cuanto a las posibilidades que ofrece para que se adapten las normas jurídico-laborales españolas a la práctica de los cinco pilares básicos del Islam.

¹⁵ En este sentido, A. M. RODRÍGUEZ ARAUJO, *Iglesia y organizaciones no confesionales en la Unión Europea: el art. 17 del TFUE*, Eunsa, Madrid, 2012, p.226.

¹⁶ Art. 2.2 b).

¹⁷ STJUE 14 marzo 2017, Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contra Micro-pole SA

¹⁸ Art. 2.2 b) i).

derecho a la libertad religiosa no puede ir en contra del orden público, y será legítimo restringir cualquier práctica religiosa que produzca tal efecto. En sentido similar, el Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales¹⁹ reconoce en su art. 9 el derecho a la libertad de conciencia y de religión de toda persona, que incluye “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”, pero que puede ser objeto de restricción si ello es necesario para la protección “del orden, de la salud y de la moral pública”. Si extrapolamos esta conclusión al caso concreto de las prácticas propias del islamismo, tales prácticas sólo podrán restringirse cuando ello responda a una finalidad legítima, cual es el mantenimiento del orden público en el Estado de que se trate.

II. Poligamia: concepto y relación con la identidad islámica

11. Para el análisis de la cuestión que planteamos, cuales son los efectos que el matrimonio poligámico, avalado por el derecho islámico configurado en los términos ya expuestos, puede tener en el derecho a prestaciones sociales de los cónyuges en el Sistema español de Seguridad Social, parece necesario que, con carácter previo, concretemos el significado que incorpora el término “poligamia” frente a otros similares. Así mismo, se impone delimitar cuales son las presupuestos que, conforme a los postulados del Islam como confesión religiosa reconocida a nivel internacional, van a determinar la admisión del matrimonio poligámico en su contexto.

12. En términos generales, el término “poligamia” o “matrimonio poligámico” hace referencia al régimen matrimonial en el cual una persona tiene varios cónyuges o, lo que es lo mismo, aquel que admite la pluralidad de cónyuges²⁰. Dentro de esta categoría genérica existen dos posibles modalidades de poligamia. Por una parte, la poligina, relativo al supuesto en el cual la pluralidad de cónyuges se refiere a la pluralidad de esposas. Por otra parte, la poliandria, relativo al supuesto en el cual la pluralidad de cónyuges se refiere a la pluralidad de maridos. Puesto que es mucho más frecuente la poligamia en su acepción relativa al varón que puede contraer varias esposas (poliginia), siendo muy poco frecuente la admisión de la poliandria, este término se utiliza comúnmente para definir a la unión del varón con varias esposas²¹ y, en tal sentido, lo utilizaremos en el presente estudio.

13. Podemos afirmar que, actualmente, son diversos los países en los cuales todavía la poligamia es admitida, por lo que es una realidad que los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea no pueden obviar si tomamos en cuenta la importancia que actualmente tienen los fenómenos migratorios y el auge de las sociedades multiculturales. Si atendemos al contenido de la Circular de 25 de febrero de 2008 emitida por la “Caisse nationale d’assurance vieillesse”, de Francia, cuyo objeto fue determinar la validez del matrimonio poligámico en relación al derecho a prestaciones por supervivencia, existen 47 países en los cuales está autorizada la poligamia²². Y, dentro de ellos, varios son países que pertenecen a la comunidad islámica en los cuales tal régimen matrimonial se admite con pocas excepciones²³.

¹⁹ Elaborado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950, BOE 10 de octubre de 1979.

²⁰ En este sentido, E. LÓPEZ TERRADA y A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, en AA.VV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección socio-laboral*, Laborum, 2018, p.297.

²¹ P. JUÁREZ PEREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, 2012, p.3. Así, la Circular 2008/14, de 25 de febrero de 2008 emitida por la “Caisse nationale d’assurance vieillesse” de Francia, denomina la poligamia como “la situación matrimonial... de un hombre con varias mujeres”.

²² Circular núm. 2008/14.

²³ De estos 47 países 26 tienen población mayoritariamente musulmana, cuales son: Afganistán, Algeria, Barheim, Bangladesh, Burkina Faso, Egipto, Emiratos Arabes, Indonesia, Irak, Irán, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Mali, Marruecos, Mauritania, Níger, Omán, Pakistán, Qatar, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria y Yemen. No todos son estados musulmanes, por ejemplo Senegal, Mali, Indonesia o Bangladesh son estados laicos, aunque la mayoría de su población practica la religión islámica. Como excepción, Túnez condena la poligamia con pena y multa (art. 18 Código del Estatuto Personal), basándose en una interpretación progresista de los textos sagrados. Sobre el particular, vid. M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, *Migraciones Internacionales*, núm. 2, julio-diciembre 2003, p. 155.

14. Mayoritariamente se afirma por la doctrina que el matrimonio islámico es un contrato privado que tiene una significación religiosa²⁴. El fundamento jurídico de la admisión del matrimonio poligámico como parte de la identidad islámica se encuentra, como no puede ser de otra forma conforme a lo explicado anteriormente sobre el origen del derecho islámico, en el Corán: “*Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal*”²⁵. Conforme a su contenido, en la primera parte de la Aleya se declara lícita la poligamia, limitada a su acepción como poliginia en los términos anteriormente comentados pero, en la segunda, se restringe a cuatro esposas con la condición de mantenerlas a todas en condiciones de igualdad²⁶. Los defensores del mantenimiento de la legalidad de la poligamia se apoyan en argumentos tales como²⁷: la imposibilidad de que una sola esposa pueda cumplir con los deberes conyugales; favorece que el hombre no repudie a la mujer enferma, anciana...; no impide la capacidad de procrear; el desarrollo integral de la mujer se realiza a través del matrimonio y esta institución se lo facilita.

15. Todos estos argumentos sin duda nos conducen hacia el establecimiento de una situación de manifiesta desigualdad de trato de la mujer, inserta dentro del fundamento mismo de la identidad islámica, máxime cuando, en ningún caso, se contempla la legalidad de la pluralidad de esposos. Sin embargo, en el derecho islámico más que un problema de igualdad lo que se refleja es una particular asignación de roles matrimoniales, ajenos hoy en día en la cultura y los ordenamientos jurídicos de los países europeos. Así, se considera al varón cabeza de familia y, como tal, obligado al sostenimiento económico y la protección de la mujer y de los hijos, posición que le otorga ciertas prerrogativas. La mujer, sin embargo, se circunscribe al rol de esposa y madre, limitando sus tareas mayoritarias al cuidado del hogar, y es objeto de diversos tratamientos desiguales en distintas instituciones como el matrimonio o el derecho sucesorio²⁸. En definitiva, la concepción islámica del matrimonio toma, como punto de partida, la situación de inferioridad de la mujer respecto del varón²⁹.

16. Actualmente la doctrina afirma que la legitimidad del matrimonio poligámico ha entrado en recesión³⁰, es posible que por cierta influencia de la presión del mundo occidental y por problemas derivados de la aplicación del derecho sucesorio³¹, sobre todo tomando como referente la publicación de la nueva *Mudawana* en Marruecos, que entró en vigor el 5 de febrero de 2004³². Con ella se sustituye a la an-

²⁴ Mencionado en el Corán, Sura XXIV, aleya 32: “*Y casad a los solteros de vosotros...*”. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p. 128. Según dicha autora, el matrimonio para la religión islámica es el estado perfecto, que constituye una especie de imperativo para asegurar la descendencia. En general sobre el matrimonio islámico vid. por todos, aa.vv (COORD. A. MOTILLA) *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, Universidad de CÓRDOBA, 2003.

²⁵ Sura 4, versículo 3.

²⁶ Esta condición ha sido considerada, por parte de la doctrina, como una prescripción implícita de monogamia, al no ser posible que un hombre trate imparcialmente a todas las esposas. Vid. P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, op.cit, p. 4 y M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. p. 156. A mayor abundamiento, en la Sura 4, versículo 128, se afirma que “*No podréis tratar con igualdad a todas vuestras mujeres, aunque así las queráis, y por lo tanto, no os entreguéis del todo a aquella que amáis*”.

²⁷ M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. p. 156 y A. AZNAR DOMINGO y A. VALENZUELA MARTÍN, “El matrimonio musulmán y su eficacia en España”, *Actualidad Civil*, núms. 7-8. 2018, p. 8.

²⁸ M. LEMA TOME, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. pp. 159 y ss, como es la regulación del repudio, la necesidad de prueba de causa de divorcio para la mujer o el hecho de que le marido heredado de la mujer fallecida el doble de lo que esta heredaría en caso de fallecer el marido (ejemplo, art. 155 Estatuto Personal de Argel).

²⁹ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, en AA.VV *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, Universidad del País Vasco, 2001, p. 621.

³⁰ Por todos, P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, op.cit, p. 4, A. AZNAR DOMINGO y A. VALENZUELA MARTÍN, “El matrimonio musulmán y su eficacia en España”, op.cit. p.8 y M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 424, julio 2018, p. 69.

³¹ A. AZNAR DOMINGO y A. VALENZUELA MARTÍN, “El matrimonio musulmán y su eficacia en España”, op.cit. p. 8.

³² Se aprueba por Ley 70-03, del Código de Familia. Sobre su contenido, por todos M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN, *El derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el derecho español*, Grupo Difusión, 2010.

tigua *Mudawana* o Código del Estatuto Personal³³ y uno de sus objetivos más significativos ha sido el de modificar, de forma relevante, la situación jurídico-social de la mujer marroquí³⁴. Siendo así, parece que la legalidad de la poligamia debería haber desaparecido de su contenido pues, sin duda, es ésta una de las mayores manifestaciones de trato denigrante y discriminatorio de la mujer. Sin embargo, la posibilidad se mantiene, si bien contando con mayores limitaciones que pueden hacer decaer su incidencia en este país, entre las que destacan³⁵: el hombre que desee casarse con otra mujer debe presentar una solicitud de autorización ante el Tribunal, indicando los motivos excepcionales que la justifican y acompañándola con una declaración sobre su situación económica; sólo podrá celebrarse el matrimonio si la futura esposa ha sido avisada por el juez de que su futuro marido está casado con otra mujer y después de obtener su consentimiento; el juez no autorizará la poligamia si teme que con ella se pueda producir un trato injusto entre las esposas, en el sentido de que la manutención, alojamiento, convivencia..etc debe ser igual para todas.

17. Sea por la incidencia que pueda haber tenido esta regulación más restrictiva, por los problemas económicos que puede provocar o por el peso de las reformas educativas que provocan mayor rechazo en la población femenina de esas prácticas, parece que se aprecia un descenso en la incidencia de la poligamia en los países musulmanes³⁶.

18. En definitiva, la poligamia, entendida como la situación en la cual es admisible que el varón contraiga matrimonio con más de una mujer, sigue siendo legal en diversos países y, desde luego, sigue teniendo presencia en el mundo musulmán. Que sean más restrictivos los requisitos que la avalan en países como Marruecos, incluso el descenso de su incidencia, no significa que no pueda ser una situación que plantee conflictos jurídicos de singular relevancia en una sociedad europea presidida por los continuos flujos migratorios que proceden de países islámicos. Y ello principalmente por el choque que se produce con la noción de “orden público” que preside a los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea, en particular con el español.

III. El fenómeno de la inmigración y su impacto en la repercusión de la poligamia en España y la Unión Europea

19. Puesto que en los países de la Unión Europea en general, y en España en particular, no se contempla la legalidad de la poligamia en la regulación de su derecho matrimonial, obviamente su previsible incidencia sólo se puede plantear en el contexto de los movimientos migratorios que puedan producirse con los estados islámicos. En este sentido, si hemos manifestado la existencia de un descenso en la repercusión del matrimonio polígamico en el mundo musulmán, igualmente podemos afirmar que es particularmente relevante la incidencia de la inmigración desde países islámicos hacia Europa y la necesidad, por lo tanto, de establecer normas de convivencia entre las culturas occidentales y musulmanas que hagan viable el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

20. Se afirma, incluso, que el Islam está en plena expansión en Europa³⁷, y no es una afirmación alejada de la realidad si atendemos a los datos que nos ofrece el informe “Europe’s Growing Muslim Population”, del Instituto “PewResearch Center”³⁸. Según los resultados que arroja esta informe, en el

³³ Creada en 1957-1958.

³⁴ Tal y como afirma I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2012, p.1.

³⁵ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit., pp. 3 y ss.

³⁶ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit., p. 4, nota al pie 15, con referencia a datos hechos públicos por el Ministerio de Justicia Marroquí, en los cuales se indica que la tasa de poligamia ha manifestado una reducción del 3.57% en 2006, en comparación con 2005. También se manifiesta un descenso en los años siguientes, con un porcentaje en 2008 del 0.27% y 836 casos registrados.

³⁷ A. AINZ GALENDE, “Una aproximación al estudio de las mujeres niqabi en España”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 11, 2018, p. 155.

³⁸ Noviembre de 2017, www. Pewresearch.org.

año 2016 el 4,9% de la población en Europa es musulmana³⁹, ofreciéndose tres escenarios de incremento de dicho porcentaje, hasta el año 2050, dependiendo de los niveles que se produzcan de inmigración: si el incremento es cero, se pasaría a un 7,4% de población musulmana⁴⁰; si el incremento se sitúa en la denominada zona “media”, se pasaría a un 11,2 %; si el incremento se sitúa en la denominada zona “alta”, se pasaría a un 14%⁴¹. Por otra parte, en dicho informe se determina que, desde mediados de 2010 hasta mediados de 2016, los cinco países con mayor nivel de inmigración han sido Siria, India, Marruecos, Pakistán y Bangladesh, por este orden, siendo el porcentaje de población musulmana en ellos del 91% en Siria, del 100% en Marruecos, del 96% en Pakistán y del 95% en Bangladesh⁴².

21. A resultas de estos datos se vislumbra una sociedad europea cada vez más caracterizada por su variedad social y religiosa, en la cual tienen que convivir y coexistir sujetos con creencias ideológicas y religiosas muy distintas⁴³. En concreto, tienen que conjugarse dos modelos familiares radicalmente opuestos⁴⁴, que pueden confluír en el aspecto que constituye el núcleo central de nuestro trabajo, cual es la solitud de prestaciones de Seguridad Social en un estado miembro de la Unión Europea. Así, el derecho europeo u occidental regula modelos de familia cuya finalidad es el pleno desarrollo de la libre personalidad de los ciudadanos y el estricto cumplimiento del principio de igualdad de trato. En un sentido muy diverso, la identidad islámica todavía opera sobre esquemas religiosos inflexibles y mantienen la religión, en base a la interpretación del Corán, como eje central de todos sus aspectos jurídicos, políticos, sociales o económicos. Y no cabe en ella, como factor principal vertebrador, el mantenimiento de derechos fundamentales puramente occidentales como es la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación.

22. Pero, por otra parte, estos flujos migratorios constantes obligan, sin duda, a un replanteamiento de cualquier postulado jurídico que impida el ejercicio del que es, también, otro derecho fundamental básico, cual es el derecho a la libertad religiosa. La obligada integración de las comunidades extranjeras en los países europeos es una necesidad de la cual no se duda hoy en día⁴⁵, pero las dificultades están siendo evidentes porque en ningún caso se quiere renunciar ni a su cultura, ni a los valores y principios que inspiran sus normas jurídicas. Y es que no podemos olvidar el punto de partida y origen fundamental de las diferencias existentes entre el islam y la cultura europea: los estados europeos son laicos, y basan el establecimiento de los derechos sociales en la consecución de la dignidad humana; la identidad islámica parte de que los derechos sociales tienen origen divino, no un fundamento en la propia persona y, como tales, no pueden ser cuestionados⁴⁶.

23. En el caso de España, en particular, si atendemos al contenido del informe citado se sitúa en el décimo puesto en cuanto a los Estados que recibe mayor número de inmigrantes, siendo el 39% de origen musulmán⁴⁷, lo que lleva a afirmar que ya es un Estado con un flujo de inmigración muy notable.

³⁹ La tasa más elevada de población musulmana se sitúa en Bulgaria, con un porcentaje del 11,1 % de su población total, seguido de Francia, con un porcentaje del 8,8 % de su población total (5.720.000), Suecia, con un porcentaje del 8,1% de su población total, Austria, con un porcentaje del 6,9% de su población total y Reino Unido, con un 6,3% de su población total. P.4.

⁴⁰ Teniendo en cuenta que son jóvenes y que tienen una mayor tasa de natalidad que en Europa. P. 5. En este escenario se sitúa a Francia como el país con una mayor tasa de población musulmana (12,7%), seguida de Bulgaria (12,5%) y Reino Unido (9,7%).

⁴¹ P. 4 y 5. En este escenario se sitúa a Suecia con el país con una mayor tasa de población musulmana (30,6%), seguido de Austria (19,9%) y Alemania (19,7%). P.16.

⁴² P.17.

⁴³ M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio polígamico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, op.cit., p. 68.

⁴⁴ En relación a esta cuestión, M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio polígamico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, op.cit., p. 68 y Z. COMBALIA SOLIS, “Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 6, 2001, p.15.

⁴⁵ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, op.cit., p. 619.

⁴⁶ A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p.132 y M. LEMA TOME, “Matrimonio polígamico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. p. 158.

⁴⁷ P. 20. Los cinco primeros serían Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y Suecia, en este orden.

Como consecuencia, su base social, al igual que a nivel europeo, se va progresivamente caracterizando por su naturaleza multireligiosa y multicultural que apoya su naturaleza de estado aconfesional⁴⁸. En este contexto, el conflicto anteriormente planteado para los países europeos va a tener idéntico reflejo, es decir, el previsible choque de los valores y creencias que forman parte de la identidad islámica con los derechos fundamentales establecidos por el ordenamiento jurídico español.

24. Estos datos los corrobora la información actualizada aportada por el Instituto Nacional de Estadística, sobre la población inscrita en España⁴⁹, en la cual se indica que, de las personas inscritas, el 10,1% del total son extranjeros⁵⁰. En relación a la incidencia que tiene la inmigración en la llegada de miembros de comunidades islámicas al territorio español, podemos calificarla de elevada puesto que éstos proceden mayoritariamente de Marruecos⁵¹ y, en menor medida, de Pakistán⁵². También es significativo el dato de la edad media de los nacionales de tales países que se encuentran en territorio español⁵³: en el caso de Marruecos, es de 30 años en hombres y 31 años en mujeres; en el caso de Pakistán, es de 31 años en hombres y 36 años en mujeres. Se trata, por lo tanto, de una población joven que, o bien utiliza al territorio español como puerta de salida hacia Europa a la búsqueda de insertarse en el mercado de trabajo, o bien se asientan en el territorio e incrementan la necesidad de integración de las costumbres islámicas.

25. Por último, en lo que se refiere a la concreta incidencia actual de la población musulmana en la sociedad española, el “Estudio demográfico de la población musulmana” que realiza, anualmente, la Unión de Comunidades Islámicas de España⁵⁴, determina que la población musulmana la constituyen, fundamentalmente, los españoles y los marroquíes, pero que en algunos municipios la superan los pakistaníes, los senegaleses y los argelinos⁵⁵. Así, destacan cuatro zonas geográficas de origen: el Magreb Árabe, Africa occidental, Oriente Próximo y Oriente Medio. En cuanto a su implantación geográfica, su asentamiento es mayoritario en la mitad sureste del país⁵⁶, afirmándose que el grado de formación de esta población es muy bajo⁵⁷.

26. No es extraño que se produzca esta situación, simplemente teniendo en cuenta la ubicación del territorio español como puerta de Africa hacia Europa y las posibilidades que ofrece en cuanto a mejora de la sanidad y calidad de vida de los nacionales de estados africanos⁵⁸. Tal y como ponen de manifiesto algunos autores, también han influido en esta realidad otros factores como las buenas relaciones diplomáticas entre los países árabes y España, el despertar económico del país a partir de los años 80, los antiguos lazos del Protectorado y un cierto conocimiento de la lengua española⁵⁹. Del arraigo de la comunidad Islámica en España es ejemplo la propia concertación del Acuerdo de Cooperación del Es-

⁴⁸ Art. 16.3 Constitución Española: “*Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la iglesia católica y las demás confesiones*”.

⁴⁹ Nota de Prensa del Instituto Nacional de Estadística, de abril de 2018, con el avance de la estadística del padrón continuo, a 1 de enero de 2018.

⁵⁰ P.1.

⁵¹ 769.050 nacionales marroquíes, siendo la tercera entre las que más destaca el aumento de extranjeros en España. P. 7.

⁵² 82.738 nacionales pakistaníes, que representan el 1,8% de los extranjeros en España. P.8.

⁵³ P. 14.

⁵⁴ A través del Observatorio Andalusi, explotación estadística del censo de ciudadanos musulmanes en España, referido a fecha de 31 de diciembre de 2017 (www.observatorio.hispanomusulman.es).

⁵⁵ P.2. Los Pakistaníes superan en Barcelona, Badalona, Valencia y Logroño. Los senegaleses en Salou, Guissona, A Coruña o Vigo. Los argelinos en Alicante y Ejea de los Caballeros.

⁵⁶ P.2. Por autonomía, destacan en Andalucía, Cataluña, Madrid y Valencia, seguidas de Murcia. En porcentaje, lógicamente destacan Ceuta y Melilla. Por Provincia, destacan en Barcelona y Madrid, y en porcentaje en Ceuta y Melilla.

⁵⁷ G. L.BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit. p.9.

⁵⁸ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, op.cit., p. 619.

⁵⁹ G. L.BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit. pp.7 y ss.

tado con la Comisión Islámica de España⁶⁰, el cual supone un instrumento que ejemplifica el intento de integrar las costumbres islámicas en la sociedad española⁶¹. Es más, en España sólo se han concertado con otras tres confesiones religiosas: la judía, la evangélica y la iglesia católica⁶².

27. Junto a éste que se denomina “Islam inmigrado” coexiste, en España, el denominado “Islam autóctono”, es decir, el compuesto por musulmanes con nacionalidad española. La gran mayoría de ellos residen, lógicamente, en Ceuta y Melilla⁶³, al ser las dos provincias que se encuentran dentro del propio territorio magrebí. Sin embargo, puesto que la obtención de la nacionalidad española no es posible en caso de poligamia⁶⁴, no es en este colectivo en el cual se pueden plantear los problemas que analizamos en este estudio.

28. Como conclusión a todo lo expuesto, sin lugar a dudas el fenómeno migratorio es una realidad en expansión, máxime cuando nos referimos a ciudadanos que proceden de comunidades islámicas, tanto en lo que se refiere a la Unión Europea, en general, como a España, en particular. Las perspectivas de que no sea un fenómeno de carácter transitorio o en situación en recesión, y que afecte, en el caso de España, a un núcleo de población joven que puede desarrollar toda su vida familiar dentro del territorio nacional, obligan a que los Estados cada vez tengan que preocuparse, con mayor intensidad, de los problemas jurídicos que plantea el ejercicio de las prácticas propias de su identidad en su relación con la protección de los derechos fundamentales, pero sin obviar la necesidad de facilitar su integración. Y, sin lugar a dudas, un campo abonado para el conflicto es la entrada en países europeos de miembros de comunidades islámicas que han adoptado la poligamia como régimen matrimonial, pues su naturaleza de situación contraria al principio de igualdad y no discriminación de la mujer va a obligar a frenar todos sus posibles efectos. Al conflicto que pueda suponer con el mantenimiento del denominado “orden público” destinamos las páginas que siguen.

IV. El conflicto entre el orden público y las manifestaciones de la identidad islámica

29. En relación a esta cuestión, básica para entender el contenido de las resoluciones judiciales que se vienen pronunciando sobre la materia que analizamos, debemos determinar, en primer lugar, el alcance concreto que tiene el término “orden público” en el derecho internacional y español como posible limitador de las manifestaciones de creencias religiosas y, en segundo lugar, las normas jurídicas concretas que se oponen a la admisión del matrimonio poligámico y su fundamento en la protección de derechos fundamentales.

30. Por lo que se refiere al concepto de “orden público”, como tal mencionado pero no determinado en el Código Civil español⁶⁵, éste se ha definido como el conjunto de convicciones básicas de la socie-

⁶⁰ Dado que el art. 7 Ley Orgánica 7/19801, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, determina que se pueden celebrar estos acuerdos cuando la comunidad religiosa haya alcanzado “notorio arraigo” en España, la Exposición de Motivos de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo pone de manifiesto que la religión islámica ha tenido una “relevante importancia en la formación de la identidad española”.

⁶¹ M. MORENO ANTÓN, “El matrimonio islámico ante el derecho español”, op.cit., p. 628.

⁶² Por Ley 25/1992, de 10 de noviembre, Ley 24/1992, de 10 de noviembre y Acuerdos de 3 de enero de 1979, respectivamente.

⁶³ G. L. BARRIOS BAUDOR y I. JIMÉNEZ-AYBAR, “La conciliación entre la vida familiar y la práctica de la religión musulmana en España: un estudio sobre la aplicación del Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España y otras cuestiones relacionadas”, op.cit., p. 10.

⁶⁴ Por incumplimiento del requisito exigido en el art. 22.4 Código Civil de “Suficiente grado de integración en la sociedad española”. Por todas las sentencias que rechazan la obtención de la nacionalidad, en estos casos, SAN 11 septiembre 2011, rec. 190/2016. Sobre el particular, por todos y comentando dicha sentencia, M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, marzo 2018.

⁶⁵ Por ejemplo, art. 1.3 “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público”, art. 6.2 “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público” y art. 1255 “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

dad, que se fundamenta en su propia organización y en su propio ordenamiento jurídico⁶⁶, o también como el conjunto de valores fundamentales y creencias básicas e irrenunciables de una sociedad sobre los que se apoya su ordenamiento jurídico⁶⁷. Quizás esta segunda acepción nos parece más acertada por cuanto presupone que el orden público es un factor que inspira e incide en la configuración de las normas jurídicas, y porque refleja su diferencia con los principios generales del derecho al tener eficacia en la protección de los valores esenciales de la sociedad⁶⁸. De esta forma, las normas recogen principios y valores socialmente reconocidos y aceptados, que deben también presidir el contenido de las resoluciones judiciales.

31. La noción de orden público, así entendida, lógicamente está presidida por su carácter variable en función del tiempo, país o régimen político en que se analice⁶⁹ y, como concepto de carácter universal, es aplicable al que pueda existir en cada país concreto, pero también podríamos entender que puede existir un orden público que inspire el contenido de las normas emanadas desde las instituciones comunitarias.

32. Si acudimos a la doctrina del Tribunal Supremo, en la sentencia considerada como el punto de arranque para la configuración conceptual del “orden público”⁷⁰, lo define como “el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”. Posteriormente, el contenido de sus resoluciones evoluciona hacia una conexión del alcance del orden público con los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española, afirmando que este término debe ser interpretado de acuerdo a su contenido y, más explícitamente, que los derechos fundamentales que ésta reconoce son de orden público⁷¹. En clara sintonía con esta doctrina, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que “*el respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público*”⁷².

33. Pero este concepto debemos diferenciarlo de otros con los que guarda una gran relación, y que van a tener una significativa incidencia en la resolución de los conflictos jurídicos relacionados con los problemas de orden público vinculados a las manifestaciones religiosas, en general, y a las propias de la identidad islámica, en particular, en un país determinado. Nos referimos a las nociones de “orden público internacional”, recogido en el art. 12.3 Código Civil, y “orden público internacional atenuado”, este último de configuración doctrinal y jurisprudencial.

34. El denominado “orden público internacional” tiene su reconocimiento en el citado precepto, en virtud del cual “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”. Por lo tanto, con él se impide la aplicación de una ley extranjera competente, como puede suceder en caso de matrimonio al aplicarse la ley personal común de los contrayentes al tiempo de contraerlo y no la del lugar de residencia habitual, si vulnera los valores esenciales y derechos constitucionales del ordenamiento jurídico del foro.

35. El concepto de “orden público atenuado”, o el hecho de otorgar efectos jurídicos “periféricos” a leyes extranjeras que, de suyo, atentan contra el orden público establecido, se sustenta en el hecho

⁶⁶ J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, “Poligamia, libertad religiosa y discriminación de la mujer”, en AA.VV. *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comunitario*, Universidad del País Vasco, 2001, p. 752.

⁶⁷ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op.cit., p. 6 y J. SOUTO PRIETO, “La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, EN AA.VV. *Derecho social y Administración Pública*, Xunta de Galicia, 2013, p. 141.

⁶⁸ En este sentido, A. 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*, núm. 14-15, 1996-1997, p.341.

⁶⁹ R. MORAT DES MONS, *La cause inmorale (étude de jurisprudence)*, París, 1956.

⁷⁰ STS 5 de abril de 1966. En el mismo sentido, A. ACEDO PENCO, “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, op.cit., p. 382.

⁷¹ STS 2 de noviembre de 1990 y 9 de julio de 1992.

⁷² STC 19/1985, de 5 de marzo.

de que tales efectos no producen un daño sustancial a la sociedad, no perjudican a ningún particular y contribuyen a la instauración de la justicia formal. Por ello, no sólo en España, sino también en diversos países de la Unión Europea, los Tribunales entienden que el concepto de orden público no es rígido, sino que puede flexibilizarse en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y cuando se producen los presupuestos anteriormente mencionados. Y esto ha sucedido en países con Francia, Bélgica o Italia para el reconocimiento de derechos a los cónyuges en caso de matrimonio polígamico⁷³.

36. En particular, las cuestiones relacionadas con el régimen jurídico matrimonial son consideradas de orden público y, como tales, no sujetas a la disponibilidad de las partes. Pero también debe tenerse en cuenta que la aplicación del art. 39 Constitución Española puede propiciar la atenuación de la estricta aplicación del ordenamiento jurídico, en aras al mantenimiento de la protección social, económica y jurídica de la familia, y la protección integral de los hijos⁷⁴. Y en este contexto es en el que se plantea el posible reconocimiento de “efectos periféricos” a los matrimonios celebrados en régimen de poligamia, a pesar de que, como a continuación exponemos, ésta se encuentre absolutamente proscrita.

37. La consideración de la poligamia como contraria al orden público tiene su fundamento en que puede afirmarse su enfrentamiento a la moralidad pública, la dignidad de la mujer y sobre todo, el principio de igualdad de trato y no discriminación que la Constitución Española consagra en su art. 14⁷⁵. Evidentemente esto es así desde el momento que únicamente es el varón el que tiene la posibilidad de tener varias esposas, y no al contrario. Es más, en aras a lo establecido por el Tribunal Supremo, no sólo presupone la desigualdad así como la sumisión de la mujer al hombre, es que “repugna” al orden público español⁷⁶. Además, ya hemos comentado anteriormente que la poligamia tiene su origen en la diferente consideración social que se otorga, en la comunidad islámica, al hombre frente a la mujer. Pero, más allá de la propia desigualdad que implica, la poligamia es una situación que denigra el propio status y la visión social y humana de la mujer, y que va en contra de todas las conquistas sociales que se han venido produciendo en todos los países europeos desde mediados del siglo XX.

38. En relación a si el prohibirla puede ir en contra del derecho a la libertad religiosa, también constitucionalmente reconocido, ello carece de todo sentido puesto que tal derecho protege, de forma absoluta, la libertad para que cada individuo tenga las creencias que quiera, pero puede ser limitada la libertad para practicarla y manifestarla si tales prácticas conculcan el orden público⁷⁷, como sucede en el caso de la poligamia. En tal sentido se entiende el contenido del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, en cuyo art. 9 se afirma que la libertad de “manifestar” la religión se puede restringir en aras a la protección del orden y la moral públicos.

39. En el ámbito del derecho internacional, esta repulsa de la poligamia se manifiesta en muy diversos sentidos que ponen de relieve su consideración de situación contraria al orden público, y que a continuación exponemos de forma breve.

⁷³ I. ZURITA MARTÍN, “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op.cit, p. 9, con cita de las sentencias de la *Cour de cassation* de 6 de julio de 1988, asunto Baaziz, de 28 de enero de 1958 y de 30 de enero de 1980, y de la *Cour de appel* de Lieja, de 23 de abril de 1970, en las que se determina el derecho a percepción de pensiones, el derecho de alimentos, el derecho a percepción de indemnizaciones en caso de fallecimiento accidental del cónyuge o los derechos sucesorios.

⁷⁴ J. A. LEONES SALIDO, “Pensiones de viudedad y modelos familiares”, *Diario La Ley*, núm. 7453, 2010, p. 8.

⁷⁵ Son diversos los autores que hacen referencia a estas tres circunstancias como determinantes. Por todos, vid. J. A. LEONES SALIDO, “Pensiones de viudedad y modelos familiares”, op.cit., p.7, M. LEMA TOME, “Matrimonio polígamico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. pp. 163, A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p.132 y M.D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio polígamico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, op.cit., p. 71.

⁷⁶ Por todas, STS 19 de junio de 2008, rec. 6358/2002, en relación a la denegación de la nacionalidad española a contrayente de matrimonio polígamico, por falta de suficiente integración en la sociedad española.

⁷⁷ Por todos, M. LEMA TOME, “Matrimonio polígamico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit. pp. 163.

40. En el ámbito del derecho comunitario, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea se convierte, sin duda, en uno de los textos principales a tener en cuenta, al haber sido su contenido incorporado al Tratado de Lisboa⁷⁸. Aun cuando no contiene una referencia expresa a la poligamia, en ella se establece que la dignidad humana es inviolable, debiendo ser respetada y protegida, y que ello es incompatible con su admisión. En cualquier caso, también establece el respecto a la libertad individual en esta materia, pues garantiza el derecho a contraer matrimonio “*según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”.

41. También es significativo el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo “sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea”⁷⁹, en la cual se insta, expresamente, a los Estados Miembros a que velen por que todos los actos violentos perpetrados contra mujeres y niños, en particular los matrimonios forzados, la poligamia, los denominados delitos de honor y la mutilación genital femenina, sean objeto de sanciones eficaces y disuasorias, y a que sensibilicen en mayor medida a las autoridades policiales y judiciales acerca de estos casos⁸⁰. Se pone, así, en un plano de igualdad a la poligamia con otros delitos particularmente graves, en cuanto a situaciones que merecen un particular rechazo, lo que manifiesta que, de existir un orden público a nivel comunitario, es sin duda contrario a esta situación. A mayor abundamiento, se insta a la Comisión a estudiar la posibilidad de prohibir los matrimonios polígamos, y se mira con preocupación que hayan obtenido reconocimiento en algunos Estados miembros⁸¹. Sobre el contenido de esta Resolución es también significativa la respuesta dada en el Parlamento Europeo a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella⁸², afirmándose, en relación a la situación de los niños, la necesidad de tener siempre en cuenta su mejor interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

42. Por último, en cuanto al posible ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en caso de matrimonios polígamicos, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, determina que “*En caso de matrimonio polígamico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge*”⁸³. Otro ejemplo más de que la poligamia se considera contraria al orden público comunitario.

43. A nivel internacional, diversos Pactos y Declaraciones han reafirmado el necesario posicionamiento de hombres y mujeres en situación de igualdad jurídica. En tal sentido se manifiestan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵ y la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁶.

44. En el ordenamiento jurídico español, las normas que juegan, fundamentalmente, en la manifestación de la poligamia como contraria al orden público, también tienen una diversa naturaleza. En relación, en primer lugar, a su origen constitucional, ya hemos comentado cómo la poligamia es una situación que atenta contra el art. 14 al consolidar una manifiesta situación de desigualdad de trato entre

⁷⁸ Art. 6.1, otorgándole el mismo valor que a los Tratados.

⁷⁹ 2006/2010 (INI).

⁸⁰ Epígrafe 35.

⁸¹ Epígrafe 36.

⁸² E-3321/10, efectuada por Marielle de Sarnez de forma escrita.

⁸³ Art. 4.4.

⁸⁴ Art. 3: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*”.

⁸⁵ At. 23.4: “*Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos*”.

⁸⁶ Art. 16: “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”.

hombres y mujeres. También contribuyen al rechazo de esta práctica la aplicación del art. 9.2, en el que se insta a los poderes públicos a para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva, el art. 10.1 que establece, como fundamento, del orden político, la dignidad de la persona, y el art. 32.1, en el que se contiene el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

45. De forma más explícita, la normativa de rango menor prohíbe, claramente, la poligamia. Así, el Código Civil español establece que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial (art. 462^º)⁸⁷, siendo, en tal caso, el matrimonio considerado como nulo (art. 73 2^º). Por otra parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge en territorio español, aunque su Ley personal permita esta modalidad matrimonial (art. 17.1 a). Y, como máximo exponente de la repulsa que esta situación produce al ordenamiento jurídico español, se tipifica como delito en el Código Penal “*El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste el anterior*” (art. 217).

46. También se ha manifestado de forma contundente, en este sentido, la jurisprudencia de los tribunales españoles. Y no sólo para denegar la concesión de la nacionalidad a sujetos que estén casados en régimen de poligamia⁸⁸, sino también para denegar efectos al matrimonio celebrado conforme al rito islámico en España cuando no cumple con los requisitos exigidos por el legislador para otorgarle validez⁸⁹.

V. La poligamia como situación generadora de efectos para el ordenamiento jurídico español

47. Una vez establecido que la poligamia está prohibida por la legislación europea y española y que es contraria al orden público, habrá que determinar en qué casos puede llegar a tener efectos en el ordenamiento jurídico español.

48. Dos son las situaciones que se pueden plantear en cuanto a la consolidación de una situación de poligamia: que pretenda formalizarse dentro del propio territorio español o que se haya formalizado en otro Estado al amparo de una legislación que lo permite (como sucede en los estados islámicos), queriendo los cónyuges que tenga efectos dentro del territorio español.

49. El primer caso es obvio que no puede llegar a producirse, puesto que la legislación española no lo permite, incluso determina que es un delito⁹⁰. Así pues, la determinación de posibles efectos, en este supuesto, no tiene sentido al ser una situación que, de forma legal y consentida, no se puede materializar.

50. El segundo caso determina la aplicación de otras normas, al ser un status jurídico consolidado fuera del territorio español pero que quiere tener efectos en él. El art. 50 Código Civil legitima que tal situación pueda suceder, puesto que “*Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos*”. Y dos son las situaciones que podrían plantearse, cada

⁸⁷ En el mismo sentido, el art. 252 del Reglamento de la Ley del Registro Civil determina que “*No podrá inscribirse matrimonio canónico o civil contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente*”.

⁸⁸ Reiteradamente afirma el Tribunal Supremo que la poligamia “repugna al orden público español”, por lo que constituye un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero. Por todas, STS 14 de diciembre de 2017, rec. 1178/2016.

⁸⁹ STC 1 de diciembre de 2014, núm. 194. Tales requisitos son los previstos en la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el Acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica. En el caso enjuiciado, no se cumplen al no quedar acreditado el requisito de la capacidad. No se considera una situación equiparable a la enjuiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de diciembre de 2009, en relación a la determinación de la validez del matrimonio por el rito gitano a efectos del percibo de pensión de viudedad, precisamente porque, en este caso, se estima que tal matrimonio no es contrario al orden público.

⁹⁰ Como señala A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op.cit., p.143, aunque el art. 9.2 Código Civil determine que es la ley personal común de los cónyuges la que rige los efectos del matrimonio, la aplicación de la cláusula de orden público del art. 12.3 impide que esto suceda en caso de matrimonio polígamico, que nunca podrá tener acceso a la inscripción registral.

una de ellas con efectos muy distintos. Por una parte, que los contrayentes del matrimonio poligámico, válidamente celebrado en el extranjero, quieran residir en territorio español y disfrutar de los derechos y libertades en él establecidos. Por otra parte, que los contrayentes del matrimonio poligámico no tengan intención de residir en territorio español, pero sí pretendan que éste surta en él efectos jurídicos en virtud del reconocimiento de algunos derechos que no incorporen el cumplimiento de requisitos de nacionalidad o residencia como puede ser el caso, en la materia que nos ocupa, del reconocimiento del derecho a ser beneficiario de pensiones de viudedad u orfandad.

51. En el primero de los supuestos contemplados, es decir, si los contrayentes de matrimonio poligámico quieren residir en territorio español a todos los efectos legales, ello no va a poder producirse por la vía del reagrupamiento familiar. Tal y como hemos apuntado anteriormente, esto no lo permite, ni la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ni el contenido de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Incluso en lo que se refiere a los hijos, la citada Directiva establece que la reagrupación puede estar limitada⁹¹. La regulación de la Ley Orgánica 4/2000 es comprensible en cuanto transpone lo establecido por la Directiva comunitaria pero, tal y como afirman algunos autores, ciertamente produce el paradójico efecto de permitir la reagrupación de la segunda o posteriores esposas las cuales, según el ordenamiento jurídico español, habrían celebrado un matrimonio nulo, y un más que cuestionable derecho del varón, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación, a ser el único que decida cual pueda ser la esposa reagrupable⁹².

52. Lo que sí puede suceder es que tanto en varón como las esposas puedan tener entrada en territorio español si obtienen el permiso de trabajo cumpliendo los requisitos previstos en la legislación española⁹³, sin solicitar la inscripción legal de todos los diversos matrimonios, únicamente de uno de ellos. Es decir, que se produzca una situación no legalizada en la cual, a los efectos de las instituciones españolas, sólo exista un matrimonio reconocido y el otro cónyuge u otros cónyuges consigan sus propios derechos por la vía de la residencia legal. En tal caso, a éstos no les alcanzarían los posibles beneficios de la integración en una unidad familiar con el varón.

53. Tal y como afirma el propio Tribunal Supremo, es posible que se produzca la situación de residencia al no ser equiparable a la solicitud de la nacionalidad española, en tantas ocasiones rechazada por los Tribunales bajo el argumento de que la situación de poligamia manifiesta una absoluta falta de integración con los valores sociales y culturales españoles⁹⁴. Según su criterio, la residencia sólo se puede conceder o denegar cuando concurren las circunstancias legalmente establecidas, de tal forma que no es en sí una “concesión” sino la constatación del cumplimiento de requisitos legales. Sólo podría prohibirse la residencia si así lo hubiese previsto el legislador, lo cual no ha sucedido⁹⁵.

54. En el segundo de los escenarios contemplados, hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico español, más en concreto el que establece derechos en materia de Seguridad Social, permite la

⁹¹ En el mismo art. 4.4: “No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante”. Sobre esta cuestión, hay autores que afirman que sólo será posible cuando el interés del menor deba prevalecer sobre otras circunstancias, como es el caso del fallecimiento de la madre biológica. AA.VV (Dir. M.I. RAMOS QUINTANA), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p.264. Sin embargo, otros como M. L. LABACA ZABALA, en “La poligamia en España. Reagrupamiento de la familia poligámica”, *VLex346010*, p.325, considera que los hijos deben estar protegidos sea cual sea su origen, “ex” art. 39 Constitución Española.

⁹² C. VAQUERO LÓPEZ, “Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, marzo 2018, p. 446. Como la propia autora indica, hay autores para los cuales esta regulación implica la falta de perspectiva de género. Por todos, A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, 2000, pp. 180-181.

⁹³ Como afirma R. LÓPEZ MOSTEIRO, “La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad social”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2001, p. 2.

⁹⁴ Por todas, sentencias de 19 de junio de 2008, rec. 6358/2002 y de 21 de diciembre de 1998.

⁹⁵ Todos estos argumentos en STS14 de diciembre de 2017, rec. 1178/2016. Es más, afirma que no hay discriminación en la denegación de la nacionalidad al no ser equiparable residir que adquirir la nacionalidad.

exportación de derechos en materia de prestaciones a familiares del sujeto causante no residentes en territorio español, cuando se trata de prestaciones por muerte y supervivencia. Así, en el caso de pensiones de viudedad y orfandad, los beneficiarios pueden ser o no sujetos residentes en el territorio nacional, puesto que los requisitos exigidos por el art. 7 Ley General de Seguridad Social se aplican al trabajador, es decir, al causante de estas prestaciones⁹⁶.

55. El problema jurídico que, en tales casos, se plantea, es que, para poder formalizar la solicitud de la pensión, la entidad gestora requiere el Libro de familia, acta del Registro Civil o documento extranjero equivalente debidamente legalizado o sellado, en su caso, y traducido, que acredite el matrimonio con el causante fallecido y el estado civil actual o el parentesco con los hijos⁹⁷. La legalización de estos matrimonios exige que el encargado del Registro Civil compruebe que la certificación matrimonial expedida en el extranjero se ajusta a la legalidad española⁹⁸. Puesto que en el caso del matrimonio poligámico esto no es así, lo que impide su reconocimiento e inscripción, para que tales matrimonios puedan desplegar algún tipo de efecto es imprescindible que se admita el funcionamiento de la cláusula del orden público atenuado⁹⁹.

56. En definitiva, para que los contrayentes de matrimonio poligámico puedan plantearse la solicitud de prestaciones al Sistema español de Seguridad Social, o bien solicitan pensiones de viudedad u orfandad, que no incorporan el requisito de nacionalidad y residencia en territorio español para sus beneficiarios, con el obstáculo del reconocimiento de la validez del documento extranjero acreditativo de la existencia de matrimonio, o bien las reclaman pero como meros poseedores de permiso de residencia y trabajo y no como miembros de la unidad familiar. Obviamente puede darse una tercera opción, cual es la de la entrada en territorio español en situación irregular. Pero, en tal caso, los derechos de protección social van a quedar reducidos al de asistencia sanitaria al ser la única prestación, dentro de los niveles no contributivos y asistenciales, que da cobertura a los inmigrantes irregulares¹⁰⁰, sin que podamos establecer ninguna diferencia respecto a cualquier otro ciudadano en tal situación.

VI. Efectos del matrimonio poligámico en el derecho a prestaciones de Seguridad Social

57. Una vez puesto de manifiesto que la poligamia, como tal, es una situación prohibida por considerarse contraria al orden público, pero con una posible vertiente de conexión con el orden público internacional atenuado en aras a la aplicación del art. 39 Constitución Española, y que puede llegar a tener incidencia dentro del territorio español, debemos analizar en qué sentido el Sistema español de Seguridad Social reconoce prestaciones sociales vinculadas a la previa concertación de un matrimonio. Y ello en aras a determinar posteriormente si, en tales casos, la poligamia va a impedir que tal reconocimiento se produzca o, al contrario, bien no va a tener efectos al tener las esposas su derecho propio intacto, bien va a entrar en juego la aplicación del orden público internacional atenuado, o bien se van a aplicar normas de derecho internacional que reconocen efectos válidos al matrimonio poligámico.

1. El matrimonio como institución generadora de prestaciones sociales

58. El ordenamiento jurídico español contempla en sus normas reguladoras del Sistema de Se-

⁹⁶ Según su apartado 1, se integran en el nivel contributivo “*los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España*”, si ejercen una actividad profesional.

⁹⁷ Según lo requerido en el modelo oficial de solicitud, disponible en www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28489/28498#5157.

⁹⁸ Art. 65 Código Civil.

⁹⁹ Sobre el particular, M. D. ORTIZ VIDAL, “El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, *op.cit.*, p. 74.

¹⁰⁰ Conforme a lo previsto en el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que modifica el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en virtud del cual “*Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española*”.

guridad Social un conjunto de prestaciones sociales que entran dentro de las categorizadas como “prestaciones familiares” del Sistema, cuyo reconocimiento y necesidad está avalado por la propia Carta Social Europea al determinar que *las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares*¹⁰¹. No están agrupadas como tales dentro de la Ley General de Seguridad Social, mantienen una regulación dispersa dentro de ella y en el conjunto de normas jurídicas aplicables, pero todas comparten una finalidad común cual es la especial atención al hecho familiar como generador de situaciones de necesidad protegidas. Dentro de esta categoría se sitúan, fundamentalmente, las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia materna, cuidado de menores con enfermedad grave, el cómputo de periodo cotizado por nacimiento o cuidado de hijo, las prestaciones por muerte y supervivencia de familiares (viudedad, orfandad y prestaciones a favor de familiares), determinados subsidios por desempleo que atienden a la responsabilidad familiar y las prestaciones familiares no contributivas por hijo a cargo¹⁰².

59. Por otra parte, el derecho a la prestación por asistencia sanitaria también tiene un componente relacionado con la protección a la familia, por cuanto la condición de beneficiario puede depender del hecho de tener un determinado vínculo familiar¹⁰³. Sin embargo, a nuestros efectos tiene poca incidencia, como anteriormente indicamos, puesto que tal derecho se ha extendido a los inmigrantes en situación irregular y puede adquirirse, de forma autónoma, en caso de realización de una actividad profesional.

60. El concepto de familia, tan complejo de delimitar habida cuenta de la amplitud del término y de la evolución que va experimentando con el paso del tiempo, sin lugar a dudas tiene como uno de sus ejes fundamentales (aunque no único, en ningún caso) al hecho de la existencia de una unión matrimonial. Sin embargo, el concepto de familia, a los efectos del Sistema de Seguridad Social, es mucho más amplio que el relacionado con las relaciones de convivencia derivadas del hecho matrimonial, y se protege, no sólo a los cónyuges, sino también a los hijos y otros parientes incluidos en la unidad económica de convivencia. Es más, podríamos afirmar que el matrimonio, como tal, es la situación relacionada con las relaciones familiares con una menor incidencia en materia de prestaciones en cuanto a ser determinante de las mismas.

61. Así, la “familia”, como circunstancia determinante del derecho a prestaciones, se define como una agrupación de personas que están unidas, bien por matrimonio, bien por otros vínculos de parentesco, bien por situaciones legalmente reconocidas de convivencia en un mismo domicilio (caso de las parejas de hecho), en la que se constituye una relación de solidaridad para la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus miembros con cargo a los recursos familiares y el cuidado de los que no tienen capacidad para mantener una existencia autónoma¹⁰⁴. Para el Sistema de Seguridad Social, precisamente lo relevante de esta institución es la situación de convivencia de todos los sujetos bajo el mismo techo y la dependencia económica entre todos ellos¹⁰⁵, más que el hecho matrimonial en sí como factor

¹⁰¹ Art. 16.

¹⁰² En relación a la regulación básica de todas ellas, debe atenderse al contenido de los arts. 177 a 192, 236 a 237, 274 y 351 a 362. Por todos los autores que las tratan conjuntamente, dentro de la categoría de “prestaciones familiares”, vid. C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2003 y E. BLAZQUEZ AGUDO, *Las prestaciones familiares en el Sistema de la Seguridad Social*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

¹⁰³ Según lo previsto en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, del Sistema Nacional de Salud, art. 3.1, tienen la condición de beneficiarios, entre otros, los cónyuges, parejas de hecho o ex cónyuges del beneficiario y sus descendientes. Sobre el particular, J. A. MALDONADO MOLINA, “Familiares y protección sanitaria”, en AA.VV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, 2018, pp. 101 y ss.

¹⁰⁴ Partimos del concepto de C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 352. La misma autora, en p. 39, establece que las prestaciones sociales parten de un concepto de familia como “agrupación de personas unidas entre sí por matrimonio o parentesco que viven juntas y comparten un mismo patrimonio”.

¹⁰⁵ Siguiendo a E. BLAZQUEZ AGUDO, *Las prestaciones familiares en el Sistema de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 42 y ss., la noción estricta de familia sería “un conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco, lazos conyugales o similares, que conviven bajo el mismo techo, se interrelacionan económicamente, donde los miembros se reparten las tareas necesarias para la supervivencia de acuerdo con su capacidad y se protegen entre sí de acuerdo a sus necesidades”. En su opinión, los elementos básicos son: parentesco o relación similar, convivencia, unidad económica e interdependencia.

determinante de su existencia. Precisamente esta importante función social que cumple la familia, en cuanto sustentadora de las principales necesidades vitales de los miembros que la componen, va a ser el fundamento principal de su protección social¹⁰⁶ y, por supuesto, constitucional¹⁰⁷. Y si atendemos al contenido del bloque de prestaciones consideradas como “familiares” en el Sistema español de Seguridad Social, probablemente la circunstancia más relevante y más protegida va a ser el hecho de la maternidad y el tener hijos a cargo, siendo una obligación constitucional el protegerlos independientemente de su filiación o si son habidos fuera o dentro del matrimonio¹⁰⁸.

62. La poligamia es un hecho que tiene relación con la construcción de un modelo de familia y, por lo tanto, aun cuando no esté legalizada en caso de producirse va a tener un impacto directo en el bloque de prestaciones enunciadas. Y para determinar los términos en que dicho impacto puede producirse nos parece que hay un hecho diferenciador muy significativo, cual es la situación o no de residencia de la mujer solicitante dentro del territorio español, habida cuenta de que la ilegalidad de la poligamia va a impedir que el matrimonio sea el hecho determinante para la concesión de una prestación cuando ésta se hace depender del hecho de que el solicitante se encuentre en territorio español. Su impacto va a ser más cuestionable, sin embargo, cuando el solicitante siga viviendo al amparo del Estado que legaliza la situación de poligamia.

63. Por otra parte, otro factor determinante en la incidencia de la poligamia en el derecho a prestaciones va a ser, lógicamente, si el hecho matrimonial es determinante para su concesión o son otras relaciones familiares distintas las protegidas. Así, encontrándose la solicitante legalmente en territorio español, lógicamente sus posibilidades de acceso a prestaciones familiares desvinculadas de la existencia de unión matrimonial van a viables, pero no lo serán las que dependan de tal circunstancia de forma directa o indirecta. Y en este segundo supuesto se encuentra, de forma exclusiva, la pensión de viudedad pues, con anteriormente hemos afirmado, el matrimonio no tiene una gran relevancia como requisito determinante de prestaciones sociales. A mayor abundamiento, ni siquiera para esta prestación el hecho matrimonial es determinante, por cuanto también se reconoce cuando se cumplen los condicionantes legalmente establecidos para las parejas de hecho¹⁰⁹.

64. Como conclusión a lo expuesto, siendo la poligamia una situación que puede limitar el derecho a prestaciones si están relacionadas con la exigencia de vínculo matrimonial, su impacto se va a reducir, en principio, a la pensión de viudedad. Como a continuación determinaremos, las prestaciones relacionadas con el nacimiento de hijo no están, en ningún caso, vinculadas a la existencia de ser hijos nacidos en el seno del matrimonio y, por lo tanto, quedan al alcance de cualquier mujer en situación de residencia legal. Cuestión distinta son los problemas derivados del cumplimiento o no en España de tal requisito por la solicitante, y de los problemas que pueda acarrear la inexistencia de matrimonio en la acreditación de la carencia de rentas exigida por algunas prestaciones familiares.

2. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención depende del cumplimiento del requisito de la residencia

65. La obtención de los permisos de residencia y trabajo no está vinculada a la acreditación del estado civil del solicitante, por lo que es perfectamente viable que se pueda conceder a sujetos casados fuera del territorio español en régimen de poligamia. Una vez concedidos dichos permisos, podrán acce-

¹⁰⁶ R. AGUILERA IZQUIERDO, “Protección social de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Foro Nueva Época*, núm. 9, 2009, p. 65, determina que su función va a ser triple: conseguir una compensación de cargas y redistribución de la renta, influir en los comportamientos demográficos para eliminar las trabas a la maternidad y permitir la conciliación de la vida familiar y laboral.

¹⁰⁷ Según su art. 39.1 “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

¹⁰⁸ Art. 39. 2 y 3 “*Los poderes públicos aseguran, a si mismo, la protección integral de los hijos...con independencia de su filiación*” “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio*”.

¹⁰⁹ Art. 221. Ley General de Seguridad Social.

der a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social español en igualdad de condiciones que los trabajadores con nacionalidad española¹¹⁰. Dentro de ellas, el impacto diferencial que pueda tener el hecho de tener tal régimen matrimonial puede estar en la acreditación del requisito de la carencia de rentas en cuanto tiene en cuenta los ingresos de toda la unidad familiar, sin que en estos casos pueda formar parte de la misma el marido o, en caso contrario, todas las esposas.

66. Así pues, prestaciones como la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia materna y cuidado de menores con enfermedad grave, así como el cómputo del periodo cotizado por nacimiento o cuidado de hijo, van a ser reconocidas en territorio español una vez se acredite la filiación con el menor y si se cumplen los requisitos de alta y cotización.

67. Pero otras como las prestaciones no contributivas o los subsidios por desempleo vinculados a la existencia de responsabilidades familiares, exigen que se acredite la existencia de una situación de necesidad de económica, que se traduce en la exigencia al solicitante de no superar un límite de ingresos anuales en el seno de la unidad económica familiar. En caso de existir un matrimonio que no puede ser reconocido dentro de las fronteras españolas, la solicitante únicamente podrá integrar, como miembro de la unidad familiar, a sus parientes por consanguinidad hasta el segundo grado¹¹¹.

68. En conclusión, estando la solicitante en situación legal en territorio español no va a tener efectos la poligamia en su derecho a estas prestaciones, con la salvedad de que su unidad económica familiar, a efectos de acreditar carencia de rentas, no integrará a ningún cónyuge.

3. Los efectos en relación a las prestaciones sociales cuya obtención no se vincula al requisito de la residencia

69. Los beneficiarios de pensiones de viudedad y orfandad no tienen que cumplir con los requisitos relativos a nacionalidad y residencia que, en términos generales, exige el art. 7 Ley General de Seguridad Social, al no ser los trabajadores que generan el derecho a pensión y seguir siendo familiares de éstos independientemente de su lugar de origen y residencia. Particularmente en relación al derecho a la pensión de viudedad se ha generado una jurisprudencia muy significativa que analizaremos a continuación, pues incluso hay un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo cuyo contenido puede ser objeto de un análisis crítico.

A) El derecho a la pensión de viudedad

70. En relación al derecho a la pensión de viudedad de los contrayentes de un matrimonio poligámico podemos diferenciar entre los efectos que dicho matrimonio puede producir en el varón, en lo relativo a su posible condición de beneficiario respecto de sus esposas, y en las esposas, en lo relativo a su posible condición de múltiples beneficiarias respecto del varón.

71. Los efectos que pueda tener la situación de poligamia sobre los derechos a pensión de viudedad del varón en el Sistema español de Seguridad Social se limitan a la imposibilidad de percibir dos pensiones desde el momento en que tal situación no puede ser legalizada. Por lo tanto, sólo podría percibir una pensión de viudedad en caso de que se haya legalizado en España uno de los matrimonios, situación posible en tanto la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social permite la reagrupación de uno de los cónyuges.

¹¹⁰ Art. 14 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “*Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”.

¹¹¹ Según el art. 363.4 Ley General de Seguridad Social, a efectos de pensiones no contributivas, se tiene en cuenta la convivencia con personas unidad por matrimonio o lazos de parentesco consanguíneo hasta segundo grado.

72. Sin embargo, en lo referente a los derechos a pensión de viudedad que puedan tener diversas viudas de un mismo causante la norma jurídica no establece ningún criterio, lo cual es lógico teniendo en cuenta que es una situación constitutiva de delito. Por ello, la Ley General de Seguridad Social hace alusión, en singular, a que tiene derecho a pensión “*el cónyuge superviviente*”¹¹². Podríamos afirmar, por lo tanto, que la legislación española no contempla la posibilidad de poder abonar distintas pensiones a diversos beneficiarios, con la única excepción del reparto de la pensión previsto para los casos de separación, nulidad o divorcio que no suponen la existencia de varios cónyuges¹¹³. Esta situación únicamente se ve alterada por el confuso art. 23 que introduce el Convenio Hispano-Marroquí sobre Seguridad Social¹¹⁴, en virtud del cual “*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 dichas prestación*”. De forma similar, el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez determina, en su art. 24 denominado “*pensión de viudedad compartida*”, que “*En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales*”.

73. En este estado de cosas, los Tribunales son los que están modificando/interpretando el sentido de estos preceptos con la incorporación del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a diversas esposas en situaciones de matrimonio polígamico. Y tanto en caso de que, a la fecha del fallecimiento, subsistan todos los matrimonios, como en caso de que, habiendo existido una situación de poligamia, posteriormente se haya producido el divorcio de alguna de las esposas conforme a la legislación islámica. A continuación analizamos los argumentos en los que este reconocimiento se apoya, que no están exentos de posible crítica y difícil encaje para todas las situaciones de poligamia derivadas de la aplicación del derecho islámico.

a) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de subsistencia de todos los matrimonios

74. El principal referente jurídico que, actualmente, posee el Sistema español de Seguridad Social para determinar si hay derecho a pensión de viudedad para las diversas viudas sobrevivientes a un causante casado en régimen polígamico, se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018, dictada en Unificación de Doctrina por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Para efectuar un análisis de la misma aludiremos, en primer lugar, al sentido de las diversas resoluciones que, previamente, se han venido pronunciando sobre esta cuestión, posteriormente al supuesto de hecho que en ella se contempla y a los argumentos esgrimidos por el Tribunal para reconocer el derecho y, por último, a los problemas jurídicos principales que quedan planteados en virtud de su contenido.

a.1. Los antecedentes judiciales de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018

75. Ya se ha afirmado en diversas ocasiones, y el propio Tribunal Supremo lo indica en su sentencia, que antes de la misma los Tribunales Superiores de Justicia mantenían tres criterios diferentes en la resolución de la problemática analizada¹¹⁵: unas establecieron que sólo una de las cónyuges podía percibir la pensión, otras que todas eran beneficiarias en proporción al tiempo de convivencia, y otras que todas eran beneficiarias a partes iguales, con independencia de la fecha del matrimonio. Lógicamente, en cada caso los argumentos esgrimidos son diferentes, pero hay dos cuestiones que, entendemos,

¹¹² Art. 219.1.

¹¹³ Art. 220.

¹¹⁴ Firmado en Madrid a 8 de noviembre de 1979 y ratificado el 5 de julio de 1982.

¹¹⁵ Diversos autores han aludido a la triple corriente jurisprudencial, por todos M. J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Poligamia en Marruecos y Pensión de Viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, 2018, pp. 722 y ss. y M. GUTIERREZ PÉREZ, “La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018, pp.4 y ss.

tienen un carácter fundamental en las diferentes argumentaciones: la determinación del alcance del concepto de “orden público” y la interpretación del polémico art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social cuando establece que “*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*”. Por otra parte, y con independencia de lo previsto por las normas jurídicas que inciden en esta cuestión, también influye en el criterio a adoptar las graves consecuencias económicas y sociales que tiene para la mujer el hecho de no poder ser pensionista de viudedad, máxime cuando sus condiciones económicas y personales se presume que no van a ser las más adecuadas en países sometidos a la legislación islámica.

76. El grupo de sentencias que venían denegando el derecho a pensión de viudedad a más de un cónyuge mantienen unas argumentaciones que, generalmente, son comunes a todas ellas¹¹⁶. Como circunstancia determinante se parte de que los matrimonios posteriores al primero son nulos al ser contrarios al orden público español, de lo cual es demostrativo que, por una parte, la legislación española no permita reagrupar a más de un cónyuge y, por otra parte, que las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado impiden la inscripción en el Registro Civil de tales matrimonios¹¹⁷. Se utiliza, también, como argumento el contenido del Acuerdo de cooperación entre el Gobierno español y la Comisión Islámica de España, por cuanto se entiende que dicho acuerdo no permite la aplicación del derecho musulmán si es contrario a la Constitución Española, y que en él se diferencia, claramente, entre la conciencia del creyente en la fe musulmana y la condición de ciudadano del Estado, que obliga al cumplimiento de requisitos civiles. La doctrina más inflexible de estas resoluciones incluso llega a denegar el derecho al no considerar válido el matrimonio en el que se optó en su concertación por la posibilidad de poligamia, sin que ésta nunca llegara a ejercerse¹¹⁸.

77. En relación a las resoluciones que son favorables al reconocimiento de pensión de viudedad a todas las posibles beneficiarias, con un reparto proporcional de la pensión en función del tiempo de convivencia¹¹⁹, fundamentalmente centran sus consideraciones en dos argumentos jurídicos. En primer lugar, consideran que los vínculos matrimoniales contraídos son válidos conforme a lo previsto en el art. 49.2 Código Civil, que entienden es la vía aplicable para el reconocimiento del matrimonio celebrado entre extranjeros y ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, según su Ley personal¹²⁰. En segundo lugar, y para salvar la excepción prevista en el art. 12.3 Código Civil de conformidad con el orden público, se argumenta a favor de la aplicación de matizaciones o flexibilizaciones en el mismo (orden público atenuado) aun cuando éste implique la aplicación necesaria de normas de derecho interno cualquiera que sean los elementos extranjeros concurrentes¹²¹.

78. Sobre el criterio de reparto de la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia, lo que alegan los Tribunales es que es necesario hacer una aplicación analógica del antiguo art. 174.2 Ley General de Seguridad Social¹²², al no haber previsión al respecto. No se incorpora ninguna alusión, por lo tanto, al criterio que prevé el art. 23 del Convenio hispano-marroquí, lo cual es lógico teniendo en cuenta que los supuestos enjuiciados no se refieren a ciudadanas marroquíes.

¹¹⁶ STSJ Cataluña, 30 de junio de 2003, rec.2864/2002 (para una nacional de Gambia), 27 de febrero de 2018, rec. 6942/2017 (para una nacional de Gambia), 27 de septiembre de 2017, rec. 4088/2017 (para una nacional de Senegal), y 25 de abril de 2016, rec. 768/2016 (para una nacional de Gambia); Comunidad Valenciana, 6 de junio de 2005, rec. 1558/2005 (para una nacional de Méjico).

¹¹⁷ Por todas, Resoluciones de 14 de mayo de 2001, 3 de diciembre de 1996 y 8 de marzo de 1995.

¹¹⁸ STSJ Cataluña, 27 de septiembre de 2017, rec. 4088/2017 (para una nacional de Senegal).

¹¹⁹ STSJ Galicia, 2 de abril de 2002, rec. 4795/1998 (para una nacional de Senegal), y Voto Particular de la STSJ Cataluña, 30 de junio de 2003, rec. 2864/2002 (para una nacional de Gambia).

¹²⁰ Consideran que no hay en la normativa española un tratamiento expreso de tales matrimonios y que, por lo tanto, esta laguna legal hay que cubrirla integrando analógicamente este precepto.

¹²¹ Con cita de la STS 22 de noviembre de 2017, en la que se afirma que este concepto admite “inflexiones”.

¹²² Actual 220.

79. Por último, el grupo de resoluciones que también son favorables al reconocimiento de pensión de viudedad a todas las posibles beneficiarias, pero con un criterio de reparto basado en la igualdad entre todas las beneficiarias y no en proporción al tiempo de convivencia¹²³, apreciamos que incorporan una argumentación más débil por cuanto, haciendo referencia a la validez de los matrimonios contraídos de conformidad con el art. 49.2 Código Civil, nada establecen sobre su posible conculcación del orden público español. Además se aprecian varias incongruencias jurídicas pues, cuando se refieren a ciudadanas de países no marroquíes, no indican cual es el argumento jurídico sobre el cual se sustenta el criterio del reparto de la pensión por igual entre todas las beneficiarias, lo aplican sin más. Por otra parte, también se opta por este criterio en aplicación directa del contenido del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, lo cual es lógico pues las resoluciones que aluden a él corresponden a ciudadanas marroquíes, pero no se hace referencia a los problemas jurídicos que éste plantea.

80. Esta situación era evidente que demandaba el pronunciamiento del Tribunal Supremo en Casación de Doctrina ante la ausencia de una modificación normativa que aclare, definitivamente, si las viudas tienen o no derecho a pensión y, en caso afirmativo, el criterio aplicable para su reparto entre ellas. Sobre todo porque, vistas las fechas de las resoluciones analizadas, no se ha producido una evolución cronológica desde la asimilación de alguno de los tres criterios hacia otro, sino que, en fechas recientes, han concurrido tanto sentencias denegatorias como favorables a la concesión del derecho. El estado de la cuestión, por lo tanto, estaba en el terreno de la mayor inseguridad jurídica para las potenciales beneficiarias.

a.2 El supuesto de hecho resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018

81. El Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017¹²⁴ admite a trámite el Recurso de Casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2016, desestimatoria del derecho a pensión de viudedad de una ciudadana del Sáhara casada en régimen de bigamia, que recurre la denegación en base a una posible vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley. Como sentencia de contraste se aporta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la misma Sala, de 21 de julio de 2016, en la que se reconoce la pensión a la primera esposa viuda del causante.

82. La situación de hecho enjuiciada es peculiar, y no directamente asimilable a las que venían siendo resueltas en resoluciones judiciales anteriores de los Tribunales Superiores de Justicia, por cuanto la pensión reconocida lo es en virtud de la Ley de Clases Pasivas del Estado¹²⁵, cuyo art. 38 establece que tendrá derecho a pensión de viudedad “*quien sea cónyuge superviviente del causante de los derechos pasivos*”. Es decir, en la misma línea que el art. 219.1 Ley General de Seguridad Social, el posible beneficiario de esta pensión se enuncia en modo singular cuando no se refiere a los supuestos en los que se han producido situaciones de crisis matrimonial (separación, divorcio o nulidad). En concreto, el sujeto causante de la pensión era un súbdito marroquí que sirvió como soldado en el Sáhara hasta el 31 de diciembre de 1959, y que generó derecho a pensión de retiro hasta la fecha de su fallecimiento, con cargo al erario público español y conforme a lo previsto en la citada norma. Y lo primero que debemos tener en consideración, aun cuando posteriormente volveremos a hacer alusión a esta cuestión, es que el Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, que sería directamente aplicable a este supuesto dada su fecha de ratificación, no incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos¹²⁶. Ello quiere decir “a priori” que sólo debería tenerse en cuenta,

¹²³ Juzgado de Lo Social de La Coruña, 13 de julio de 1998 (para una nacional de Senegal) y STSJ Andalucía, de 30 de enero de 2003, rec. 934/2002 (para una nacional de Marruecos), y 18 de junio de 2015, rec. 591/2015 (para una nacional de Marruecos).

¹²⁴ Rec. 98/2017.

¹²⁵ Cuyo Texto Refundido se aprueba por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

¹²⁶ En su art. 2.1 A) 2) extiende su ámbito a Agrario, Mar, Minería del Carbón, Trabajadores Ferroviarios, Empleado de Hogar, Autónomos, Representantes de comercio, Estudiantes, Artistas, Escritores de Libros y Toreros.

como normativa directamente aplicable para dilucidar el reconocimiento del derecho a pensión, el contenido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

83. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2016, argumenta la denegación del derecho a la pensión de viudedad en base a tres consideraciones principales. En primer lugar, que la situación de bigamia está prohibida por el Código Penal. En segundo lugar, que la Ley de Clases Pasivas, en su art. 38, sólo contempla situaciones de monogamia en el reconocimiento del derecho a pensión, al enunciar en singular a sus posibles beneficiarios. Por último, recoge la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la denegación de la nacionalidad española en caso de poligamia, en la cual se expresa la oposición de la poligamia con el orden público español, y determina que ésta supone una situación de desigualdad entre mujeres y hombres así como la sumisión de aquéllas a éstos. No se hace alusión, por lo tanto, a los precedentes existentes en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia en las que sí se encontraron argumentos a favor de la concesión de la pensión. Y tampoco al contenido del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, lógico teniendo en cuenta que, como hemos comentado anteriormente, éste no resulta aplicable al supuesto de hecho enjuiciado.

84. Curiosamente, sin embargo, el Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017 indica que, en el escrito que se interpone para solicitar el Recurso de Amparo ante el Tribunal Supremo, el principal argumento jurídico al que se alude es la vulneración del art. 96 Constitución Española por no haber sido aplicado, en la sentencia denegatoria, el art. 23 del Convenio hispano-marroquí. Así pues, en el Auto se indica que existe interés casacional para precisar las siguientes tres cuestiones:

- Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado.
- Si el art. 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos resulta aplicable a efectos de extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas casadas en situación de poligamia.
- En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la pensión.

a.3. Los argumentos esgrimidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 para reconocer el derecho a la pensión de viudedad y su seguimiento por sentencias posteriores

85. El Tribunal Supremo determina que la viuda casada en situación de bigamia tiene derecho a pensión de viudedad y que su cuantía tiene que repartirse, a partes iguales, entre las dos beneficiarias de la pensión, en línea con uno de los tres criterios jurisprudenciales ya existentes y que han sido anteriormente analizados. Para responder a las tres cuestiones que se plantean en el Auto de 21 de marzo de 2017 el Tribunal argumenta en base al concepto de “orden público” aplicable y a la eficacia del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, convirtiéndose ambos argumentos en los dos principales factores a tener en cuenta. A nuestro juicio, y por las razones que posteriormente vamos a explicar, es la eficacia del citado art. 23 la que preside la mayor parte de su razonamiento.

86. Sobre el concepto de “orden público” como posible limitador del reconocimiento del derecho a pensión de viudedad a viudas casadas en régimen de poligamia, el Tribunal hace una determinación literal del mismo como “conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico”. Y, en conexión con la propia doctrina del Tribunal analizada en apartados anteriores conforme a la cual dichos principios derivan de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española, afirma que el art. 12.3 Código Civil, al recoger la excepción de orden público, lo hace atendiendo al sistema de valores constitucionales y recogidos en los Tratados Internacionales.

87. Pero, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que el art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social contemple la posibilidad de reconocer derecho a pensión en caso de coexistir

varias viudas ya implica que tal posibilidad no es contraria al orden público. Por lo tanto, considera que no es aplicable la excepción del art. 12.3 Código Civil dada la situación de tal Convenio en nuestro ordenamiento jurídico. Es muy destacable, por lo tanto, como el contenido de este Convenio incluso es determinante para valorar el alcance de lo que debe ser considerado como “orden público” dentro del territorio español.

88. Por otra parte, entiende el Tribunal Supremo que la doctrina por él establecida en relación a este concepto para denegar el reconocimiento de la nacionalidad española en casos de poligamia no es aplicable al supuesto planteado por atender a situaciones de hecho totalmente diferentes¹²⁷.

89. Sobre la eficacia del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social en el supuesto de hecho concreto que se plantea, el Tribunal Supremo entiende, como presupuesto de partida, que su remisión genérica “*conforme a la legislación marroquí*” implica la admisión de la posible existencia de múltiples beneficiarias de pensión de viudedad, por aplicación de la normativa del país en el cual se celebraron válidamente los matrimonios conforme a la Ley personal del causante. Así, afirma que la propia razón del precepto es la de dar cobertura limitada a todas ellas.

90. En segundo lugar, y ya atendiendo al que, a nuestro juicio, es el problema fundamental en relación a la eficacia del art. 23 del Convenio en este supuesto de hecho, cual la exclusión del mismo de los trabajadores integrados en Regímenes Especiales de Funcionarios en el Sistema español de Seguridad Social, su criterio es que no hay que hacer una aplicación directa de tal norma. Su virtualidad se determina en los siguientes términos que, por su relevancia, indicamos de forma literal: “lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y en las Normas Internacionales sobre derechos humanos suscritas por España”. Así pues, afirma que, por vía interpretativa y aun cuando no sea un precepto directamente aplicable al caso enjuiciado, se puede ampliar la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad a la segunda y sucesivas esposas en caso de matrimonio poligámico válido conforme a la ley personal.

91. La última cuestión que es tratada por el Tribunal Supremo, y sobre la cual también se argumenta en base al contenido del art. 23 del Convenio hispano-marroquí, se refiere al criterio a seguir para repartir la cuantía de la pensión de viudedad entre las distintas beneficiarias. Ya hemos analizado que las resoluciones judiciales precedentes oscilaban entre el reparto proporcional al tiempo de convivencia o igualitario. A juicio del Tribunal, y basándose en el criterio que está previsto en el citado precepto, el reparto debe hacerse por partes iguales entre todas las beneficiarias, habida cuenta de que no consta ninguna ruptura del vínculo matrimonial antes del fallecimiento del causante.

92. Esta doctrina ha sido seguida, en los mismos términos y para supuestos de hecho sustancialmente iguales, en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 8 de marzo de 2018¹²⁸ y de 15 de marzo de 2018¹²⁹. Y también por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 24 de mayo de 2018¹³⁰, en caso de matrimonio marroquí en el que es aplicable, no la Ley de Clases Pasivas, sino la Ley General de Seguridad Social.

93. Pero la “vis expansiva” de este criterio se pone singularmente de manifiesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13 de marzo de 2018¹³¹. Y ello porque el Tribunal reproduce su contenido y argumentaciones, pero para un supuesto de hecho en el cual el contenido

¹²⁷ Sobre el particular, E. LA SPINA, “Más allá del (ir)refutable nexos poligamia-desintegración social en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014.

¹²⁸ Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. 781/2016.

¹²⁹ Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. 885/2015.

¹³⁰ Sala de lo Social, rec. 1811/2017.

¹³¹ Sala de lo Social, rec. 368/2018.

del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social no es directamente aplicable al tratarse de un matrimonio poligámico celebrado en Gambia. Con ello se pone de manifiesto que el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo es particularmente importante, puesto que se está utilizando como criterio unificador de las distintas posturas jurisprudenciales anteriormente esgrimidas en todas las situaciones de matrimonio poligámico, sea cual sea el país que las permite. Y paradójicamente en base al contenido de un Convenio bilateral que, ni en su caso era directamente aplicable, ni en otros casos lo va a ser pues la ley personal de los contrayentes corresponde a países que no son Marruecos, como sucede en esta sentencia. Esta situación, sin duda carente de toda lógica jurídica, conduce a demandar una solución que provenga del propio ordenamiento jurídico español y que evite tal impacto de un Convenio bilateral.

a.4 Los argumentos esgrimidos por el Voto Particular de la sentencia de 24 de enero de 2018 para no reconocer el derecho a la pensión de viudedad

94. Tan cuestionable resolución, quizás más desde el punto de vista jurídico que desde la justicia material que preside el fondo de la misma, no podía dejar de tener un Voto Particular, en este caso firmado por dos Magistrados¹³². En general el Voto Particular lo que demanda es una aplicación no expansiva del Convenio hispano-marroquí sino restrictiva y limitada a los nacionales marroquíes y las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, y ello habida cuenta de que el Convenio no ha sido denunciado.

95. Así, el fondo del contenido del Voto Particular lo que manifiesta es una clara repulsa hacia la poligamia y una abierta consideración de que ésta es contraria al orden público al ser una forma matrimonial que se asienta sobre la base constitutiva de delito. Se apoya abiertamente en las resoluciones judiciales precedentes que venían denegando el derecho a pensión a las segundas y sucesivas viudas, entendiendo que el orden público sólo admite una interpretación restrictiva.

96. Por otra parte, en el Voto Particular se hace referencia a una cuestión importante y que enlaza con lo comentado en apartados anteriores sobre la fuerte inmigración que se está produciendo desde países islámicos. Así, se afirma que actualmente millones de personas que viven legalmente en España son procedentes de países de religión musulmana, siendo muy distinta la situación social al tiempo de firmarse el Convenio. Y por ello, se establece que es necesario posibilitar su integración. Ahora bien, a juicio de los Magistrados firmantes esto tiene como límites nuestra cultura y sistema de valores, que tienen su reflejo en el orden público constitucional protector de la dignidad de la mujer. Como inciso, no podemos dejar de comentar que quizás olvidan los Magistrados que, precisamente en base a esta dignidad, preocupa la situación de las viudas que podrían quedar absolutamente desprotegidas.

97. Afirman los Magistrados firmantes que con este pronunciamiento “se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad”. Y ciertamente no es la poligamia una situación compatible con la defensa de los derechos de la mujer que caracteriza al orden público actual, pero tampoco lo es potenciar su desprotección económica, máxime cuando ésta queda en manos del varón.

98. Por último, queremos destacar la “premonición” que realizan los Magistrados, la cual efectivamente se ha cumplido a tenor del contenido de las posteriores resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, anteriormente comentadas. Así, manifiestan su preocupación por que “dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables”. Efectivamente es lo que está sucediendo al generalizarse el criterio en los términos efectuados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que puede considerarse quizás más inaceptable por lo ya indicado en cuanto a que se extiende a un país que no es Marruecos.

¹³² Lo formula José Luis Requero Ibañez, al que se adhiere Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

a.5. Valoración crítica del contenido de las resoluciones judiciales analizadas

99. La argumentación de las resoluciones judiciales que deniegan el derecho a pensión de todas las viudas por razones de orden público puede ser refutada, aun cuando, efectivamente, la poligamia ya hemos indicado en epígrafes anteriores que es contraria al orden público por discriminatoria. Y ello porque, a nuestro juicio, también lo es el hecho de que las mujeres no puedan percibir viudedad y, de esta forma, quedar en situación de desamparo. En el caso de la poligamia, además, con el agravante de que es el varón el que puede decidir, en caso de reagrupamiento familiar, a cual de las cónyuges le causaría este perjuicio, lo cual también supone un gravísimo atentado contra el principio de igualdad de trato y no discriminación constitucionalmente reconocido y que, por lo tanto, forma parte del orden público español conforme al concepto de éste que contempla la jurisprudencia y que ya ha sido analizada¹³³.

100. Este supuesto, además, no nos parece que sea equiparable a otras situaciones como la imposibilidad de obtener la nacionalidad española, puesto que, en tal caso, derechos esenciales para la subsistencia digna del sujeto siguen estando en vigor.

101. En cuanto a la normativa que impide la reagrupación de más de un cónyuge, si bien es cierto que pone de manifiesto la repulsión que la poligamia produce en nuestro sistema de principios y valores jurídicos, ésta no es determinante en la resolución del problema jurídico planteado por cuanto los beneficiarios de las pensiones de viudedad no están obligados a residir en territorio español.

102. Así pues, estando en juego dos situaciones que pueden ser contrarias al orden público español, parece razonable optar por la protección de aquella que puede implicar la vulneración de derechos fundamentales y de la propia dignidad de la mujer¹³⁴. Y con ello también se daría cumplimiento a lo previsto en el Acuerdo de cooperación, en tanto éste lo que persigue es que la aplicación del derecho musulmán no suponga la trasgresión de derechos fundamentales. La protección de todas las viudas, desde nuestra consideración, no es tanto un apoyo a la institución de la poligamia como una defensa del derecho a la no discriminación de la mujer desde otra perspectiva¹³⁵. Dicha protección, además, no supone alterar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social, puesto que el gasto que a éste supone no se ve alterado¹³⁶.

103. Cuestión distinta es valorar la eficacia que la sentencia del Tribunal Supremo otorga al art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social para reconocer el derecho a pensión a todas las viudas. En primer lugar, hay que puntualizar que, a nuestro juicio, puede ser aceptable su contenido en lo que a dicho reconocimiento se refiere, pues de él deriva una justicia material y el evitar una

¹³³ Sin embargo, hay autores que argumentan únicamente a favor de la protección frente a la no discriminación negando efectos a la poligamia, vid. C. PÉREZ VAQUERO, "Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2015, p. 6. Siguiendo nuestra postura, por todos M. J. VALVERDE MARTÍNEZ, "Poligamia en Marruecos y Pensión de Viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", op.cit., p. 723, M. LEMA TOMÉ, "Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España", op.cit., p. 168 y A. FERNÁNDEZ-CORONADO, "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales", op.cit., p. 146.

¹³⁴ J. SOUTO PRIETO, "La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español", op.cit. p. 150.

¹³⁵ Hay distintas posturas doctrinales acerca de si la admisión del derecho a pensión de viudedad en caso de poligamia supone una admisión o apoyo implícito a ésta. Así, para M. T. DÍAZ AZNARTE, "Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?", *Actas del I Congreso Internacional sobre migraciones en Andalucía*, 2001, p. 769, es inaceptable otorgar efectos en el siglo XXI a la poligamia. Otros autores, sin embargo, afirman que no supone otorgarle efectos, vid. M. D. ORTIZ VIDAL, "El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esparado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad", op.cit., p. 77, y C. PÉREZ VAQUERO, "Las pensiones de la poligamia", *Derecho y cambio social*, núm. 19, 2009, p. 1, que califica de "sorprendente" dar efectos a la poligamia.

¹³⁶ Lo que la doctrina denomina no alterar el "orden público presupuestario". M. J. VALVERDE MARTÍNEZ, "Poligamia en Marruecos y Pensión de Viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", op.cit., p. 723. O, como afirma J. SOUTO PRIETO, "La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español", op.cit. p.150, no perjudica ni al INSS ni a los particulares.

desigualdad de trato injustificable ante una situación de matrimonios válidamente celebrados conforme a la ley personal, discriminatoria incluso si la valoramos desde la óptica del ejercicio de los derechos de reunificación familiar que sólo pueden ser ejercidos por el varón. No creemos, además, que vaya en contra del contenido de la Ley General de Seguridad Social puesto que ésta no prohíbe el reparto entre todas las viudas, simplemente no contempla esta situación al estar la poligamia prohibida en el derecho español. De alguna manera, el Convenio suple esta laguna legal.

104. Pero lo que sí nos plantea dudas en cuanto a su viabilidad jurídica es la eficacia “expansiva” de su contenido fuera de su propio ámbito territorial y material de aplicación, por vía “interpretativa”. Si a las situaciones de poligamia les resulta de aplicación el Convenio hispano-marroquí Sobre Seguridad Social, tanto por los países como por los Regímenes de Seguridad Social implicados, atendiendo al contenido del art. 96 Constitución Española éste es norma directamente aplicable y, por lo tanto, habrá que proceder al reconocimiento de la pensión, salvado el obstáculo del orden público. Pero cuando, o bien la ley personal no procede de Marruecos, o bien la pensión la reconoce un Régimen no incluido en el Convenio (como sucede en el caso planteado ante el Tribunal Supremo), la solución adoptada por el Tribunal Supremo, siendo bienintencionada para no producir una injusta situación entre viudas en función de su país de origen, no deja de incorporar una dudosa técnica jurídica¹³⁷. Y ello porque el recurso a la vía interpretativa debería estar fundamentado sobre un concreto precepto jurídico, integrado en el ordenamiento jurídico español, cuya interpretación se cuestiona. Y ello no es posible puesto que no existe tal precepto que ofrezca una redacción poco clara, siendo el art. 219.1 Ley General Seguridad Social perfectamente inteligible, aun cuando no aplicable a situaciones como la analizada.

105. Así pues, la sentencia del Tribunal Supremo lo que ha provocado es que sea ineludible la necesidad de dar una solución legislativa a esta cuestión, sin provocar diferencias de trato en función del país de origen de las beneficiarias y protegiendo, tanto su ley personal, como su derecho a la dignidad y la igualdad. Otra cuestión derivada, que parece no tener una solución legal, es la de la escasa cuantía que la pensión de viudedad va a alcanzar al realizarse el reparto, lo que, en opinión de algún sector doctrinal, puede chocar con el principio de suficiencia de las pensiones¹³⁸. Y no la tiene porque el principio de suficiencia afecta a la cuantía de la pensión calculada que, por imperativo de la Ley General de Seguridad Social, es única y no equiparable a la pensión de orfandad que contempla múltiples beneficiarios. No parece aceptable, en ningún caso, la aplicación de las reglas de la orfandad a la viudedad cuando la situación que lo provocaría está tipificada como delito.

106. Como breve apunte al tratamiento que esta cuestión recibe en países de nuestro entorno, algunos autores ya han apuntado que en Francia, Portugal, Alemania y Bélgica se ha seguido un criterio similar al que se propone el Tribunal Supremo, por lo que parece que cuenta con cierto respaldo dentro de la Unión Europea que podría haber servido como aval al propio Tribunal Supremo para llegar a sus conclusiones¹³⁹.

¹³⁷ E. LÓPEZ TERRADA y A. MARTÍNEZ POZUELO, “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, op.cit., p. 309, se cuestionan, precisamente, si es posible ampliar la interpretación del Tribunal a súbditos no marroquíes.

¹³⁸ M. T. DÍAZ AZNARTE, “Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?”, op. cit., p. 769.

¹³⁹ C. PÉREZ VAQUERO, “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea”, op.cit., pp. 4 y ss indica que en Francia hay dos situaciones en las que la segunda viuda tiene derecho a pensión: marido extranjero que se casa válidamente con dos compatriotas de su misma nacionalidad en su país de origen, y marido extranjero que se casa en Francia con una compatriota de su misma nacionalidad y con otra en su país de origen. En Portugal existe un Convenio bilateral con el mismo criterio que en España, así como en Alemania y Bélgica. En este último, el autor señala la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2009 en el que se declara la constitucionalidad de su Convenio bilateral de Seguridad Social con Marruecos en lo referente al reparto de la pensión de viudedad en casos de poligamia, que también se establece con Argelia y Túnez (sobre el particular, también E. LÓPEZ TERRADA y A. MARTÍNEZ POZUELO, “Los efectos del matrimonio poligámico en España: la pensión de viudedad”, op.cit., p. 308). Como excepción, en Italia se ha establecido de forma taxativa la limitación del cobro de la pensión de viudedad a un único cónyuge, vid. su Convenio de Seguridad Social con Túnez, de 7 de diciembre de 1984, art. 24.

107. Por otra parte, lo que no compartimos es el criterio de reparto utilizado por el Convenio y que avala la doctrina del Tribunal Supremo. A nuestro juicio, sin duda habría que modificarlo o, en todo caso, restringir su aplicación a las situaciones en las que ésta tiene efecto y no en todo caso (que es lo que consigue el Tribunal Supremo con su doctrina). Y ello porque no se entiende la diferencia de trato respecto de la solución ofrecida por nuestro ordenamiento jurídico para las situaciones de crisis matrimonial en el art. 220 Ley General Seguridad Social. El reparto proporcional se justifica porque, en función del tiempo durante el cual se ha convivido, la necesidad de mantener unos beneficios económicos se incrementa a mayor duración de éste. Y ello es igual tanto si la unión matrimonial se ha roto como si continúa vigente.

108. En definitiva, para disolver el extraño panorama jurídico que se ha creado por el juego de criterios establecidos en la norma, los convenios internacionales y la doctrina del Tribunal Supremo, en España no queda otro camino, en aras a la seguridad jurídica de las potenciales beneficiarias de pensión de viudedad, que el de modificar el contenido del art. 219 Ley General Seguridad Social¹⁴⁰. Y particularmente abogamos por mantener el derecho de todas las viudas a la pensión pero en base a un criterio análogo al existente para las situaciones de crisis matrimonial¹⁴¹.

b) Reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de divorcio respecto de una de las esposas

109. Sin que, en estos casos, exista un pronunciamiento concreto del Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia vienen reconociendo el derecho a pensión de viudedad, tanto al cónyuge superviviente como al ex cónyuge con el cual se celebró un matrimonio en situación de poligamia, sin que existan sentencias contradictorias.

110. En estos supuestos ya no sólo se plantea el hecho mismo de la poligamia como situación contraria al orden público, también hay que considerar que el divorcio en el derecho islámico puede tener su origen en otra situación igualmente contraria a los principios y valores que rigen los ordenamientos jurídicos europeos cual es el denominado “repudio”¹⁴². En estos casos, la consideración de la mujer queda en un papel particularmente denigrante e indigno, pues la ruptura matrimonial se produce a instancias del marido sin que las esposas tengan las mismas facilidades para poder romper unilateralmente su matrimonio al estar a expensas de que el marido les ceda tal derecho¹⁴³. De esta forma, éste puede libremente despojar a la que ha sido su cónyuge de sus derechos en materia de prestaciones sociales. Si a ello se une una particular situación de exclusión social de la mujer, al no tener recursos o una profesión concreta, el divorcio, en estos casos, acarrea graves consecuencias jurídicas, económicas y sociales¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Diversos autores también han apuntado la necesidad de un tratamiento normativo, por todos M. LEMA TOMÉ, “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, op.cit., p. 167.

¹⁴¹ En este sentido, O. MOLINA HERMOSILLA, “Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 298, 2001, p. 4.

¹⁴² Art. 78 y ss. Código de Familia marroquí. Para un análisis de su régimen jurídico, por todos A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, K. BERJAQUI y M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*. Volumen I, FIIAPP, 2009, pp. 136 y ss.

¹⁴³ Art. 89 Código de Familia. Antes de la aprobación de la nueva Mudawana la situación era todavía más denigrante para la mujer al no estarle permitida la resolución unilateral del matrimonio, pudiendo el marido disolver el matrimonio sin causa y sin apertura de procedimiento legal. Vid. M. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2014, pp. 11 y ss. Como explica M. D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 10, marzo 2018, pp. 146 y ss, el repudio es la forma más genuina en el derecho islámico de finalizar el matrimonio, siendo actualmente más garantista al estar supeditada su validez a la existencia de autorización judicial previa pero presentando una mera apariencia de igualdad.

¹⁴⁴ Como afirma, M. D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *ibidem*, p. 151, la indemnización prevista en el art. 84 del Código de Familia no permite a las ex esposas rehacer su vida si carecen de patrimonio propio.

111. Este es el principal argumento de los Tribunales Superiores de Justicia, en sus sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002¹⁴⁵, y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de abril de 2018¹⁴⁶, para reconocer el derecho a la pensión de viudedad, pues en los casos planteados el supuesto de hecho parte, precisamente, de esposas cuyos maridos se divorciaron bajo la figura del “repudio” marroquí. En la segunda de ellas, además, se da la circunstancia de que se indica, expresamente, que es una mujer sin profesión, solicitándose el divorcio retroactivo después de la consumación del matrimonio.

112. Pero, con carácter previo, habría que determinar (y en ello no entran las resoluciones citadas) si esta forma de divorcio tiene validez en el territorio español, es decir, si en él se considera que efectivamente el vínculo matrimonial se ha disuelto. A juicio de la doctrina¹⁴⁷, aun siendo el repudio en sí mismo atentatorio al principio de igualdad y no discriminación, hay tres circunstancias que juegan a favor de que sus efectos sean reconocidos por el orden público español. La primera de ellas es el hecho de que exista una intervención judicial en su tramitación, al depender su validez de la previa autorización judicial. La segunda de ellas es la obligatoria citación judicial a la esposa para garantizar sus derechos económicos. La tercera de ellas, a nuestro juicio la verdaderamente determinante, es el hecho de que sea la esposa la que tome la iniciativa de iniciar el procedimiento de reconocimiento del divorcio en España (*ex aequator*), pues pone de manifiesto su voluntad de que la ruptura matrimonial surta efectos¹⁴⁸. Negársela qué duda cabe la perjudica en todos los sentidos, de forma más grave en lo que se refiere a su dignidad personal.

113. La cuestión en la que se centran, fundamentalmente, las citadas sentencias, es en la determinación del reparto de la pensión que debe efectuarse entre las beneficiarias en estos casos, teniendo en cuenta que se unen dos circunstancias que hay que conjugar: el reparto igualitario que prevén los Convenios bilaterales de Seguridad Social de Marruecos y Túnez y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, y el reparto proporcional al tiempo de convivencia que prevé, en casos de crisis matrimonial, la Ley General de Seguridad Social¹⁴⁹. De hecho, en ambos casos la reclamación del derecho a pensión se argumenta sobre los arts. 22 y 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, cuyo art. 23 establece el derecho al reparto equitativo, y el art. 22 que el Estado contratante debe determinar el importe de la prestación según su legislación aplicable.

114. Ambas resoluciones judiciales optan por el criterio de aplicar, de forma conjunta, las previsiones normativas, de forma que el 50% inicialmente reconocido a cada esposa se minorará en proporción al tiempo de convivencia hasta la fecha de la ruptura matrimonial para aquella que esté divorciada a la fecha del fallecimiento. Según afirman los Tribunales, el art. 23 no implica una remisión en bloque al derecho islámico, debiendo interpretarse restrictivamente en lo que se refiere a posibles beneficiarias de la pensión, pero siendo aplicable la legislación española en lo relativo al modo de distribución de la pensión en los supuestos de crisis matrimonial. Se llega, con este criterio, a una solución de compromiso que intenta no vulnerar, ni lo previsto en el Convenio, ni lo establecido por el art. 220 Ley General de Seguridad Social.

115. Pero de fondo se está produciendo una incongruencia jurídica, que deriva de la propia complejidad que tiene el art. 23 del Convenio y que refuerza nuestra hipótesis de que es necesaria su modificación. Y es que la estricta aplicación de tal precepto obligaría a no reconocer ningún derecho a pensión a la esposa divorciada, puesto que así está previsto en la legislación marroquí a la que él mismo reenvía¹⁵⁰. Y estas resoluciones obvian esta cuestión, cogiendo de su contenido lo favorable a las esposas

¹⁴⁵ Rec. 3180/2002.

¹⁴⁶ Rec. 1147/2018.

¹⁴⁷ M. D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op.cit., pp. 153 y ss.

¹⁴⁸ En este sentido le reconoce efectos el Auto del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998, exequatur núm. 1360/1997.

¹⁴⁹ Art. 220.

¹⁵⁰ Literalmente dice “entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias”.

pero no lo que las perjudica sin una argumentación jurídica consistente¹⁵¹. No queremos establecer que el resultado no sea justo, pues nos parece evidente que, si el divorcio tiene efectos legales en España, el ex cónyuge debe tener derecho a pensión. Pero es obvia la necesidad de no estar obligando a los Tribunales a modificar el sentido de las normas jurídicas aplicables para no crear perjuicios injustificados, por falta de una regulación legal coherente.

116. El propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid advierte en su resolución que es consciente de las dificultades que esta interpretación entraña, pero entiende que con ella se persigue la total desprotección del cónyuge divorciado. Probablemente es difícil establecer un criterio distinto si se parte de la validez del art. 23 del Convenio hispano-marroquí, como así se hace por el Tribunal Supremo para el reparto de pensión de viudedad en caso de beneficiarias con matrimonios subsistentes a la fecha del fallecimiento. Pero el problema que, sin duda, genera este criterio interpretativo, es la exigua cuantía que la pensión de viudedad va a alcanzar en estos casos, por lo que difícilmente va a darse cumplimiento a ese objetivo de evitar la desprotección total del cónyuge divorciado.

117. Por otra parte, nos cuestionamos cual será el criterio a tener en cuenta cuando no sea aplicable este Convenio por haberse contraído el matrimonio poligámico en un país diferente. Realmente, si se parte del presupuesto de dar validez al periodo durante el cual ha subsistido la situación de poligamia para generar derecho a pensión, es difícil encontrar otro criterio que sea justo para organizar el reparto de la pensión. Cuestión distinta es que se determine la invalidez de dicho periodo, en cuyo caso el derecho a pensión sería íntegro para la última esposa.

B) El derecho a las pensiones de orfandad

118. Cuando analizamos el derecho a pensiones de orfandad de todos los hijos que el causante pueda tener con todas las cónyuges supervivientes, si ha contraído matrimonio en régimen de poligamia, automáticamente emerge la aplicación de un principio reiteradamente aplicado por los Tribunales españoles cual es el del interés superior del menor. En esta misma línea, el Parlamento Europeo, en su respuesta a preguntas sobre las acciones emprendidas en el marco de la Unión Europea sobre la poligamia y la situación de las mujeres y niños afectados por ella¹⁵², afirmó, en relación a la situación de los niños, la necesidad de tener siempre en cuenta su mejor interés, aun cuando no forma parte de su jurisdicción la adopción de reglas sobre el régimen matrimonial.

119. Pero, al margen de la aplicación de dicho principio, en relación a la pensión de orfandad la regulación contenida en la Ley General de Seguridad Social en relación a sus posibles beneficiarios puede ser aplicable a todos los hijos del sujeto causante. Así, el art. 224.1 Ley General de la Seguridad Social establece que “*Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación*”. Y el inciso de que sean beneficiarios “en régimen de igualdad” implica que es totalmente irrelevante para el Sistema de Seguridad Social español la naturaleza de la relación entre el causante y la progenitora de los menores. Es más, incluso en el caso de hijos provenientes de la concertación de un contrato de gestación subrogada fuera del territorio español, que son actualmente nulos en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵³, el Tribunal Supremo reconoce el derecho a prestaciones de Seguridad Social como la maternidad¹⁵⁴.

¹⁵¹ R. MARTÍN JIMÉNEZ, “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7119, 2002, p. 2.

¹⁵² E-3321/10, efectuada por Marielle de Sarnez de forma escrita.

¹⁵³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 10: “*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.*”

¹⁵⁴ A pesar de la oposición del Tribunal Supremo a la inscripción registral de los menores. Resoluciones de 25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015 y de 13 de marzo de 2018, rec. 2059/2016. Sobre esta cuestión, por todos I. ALZAGA RÚIZ, “Maternidad subrogada y prestaciones a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018.

120. A mayor abundamiento, de las pocas resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre esta cuestión es posible extraer la conclusión de que el derecho a pensión de orfandad de todos los hijos nacidos de un mismo causante, aun cuando hayan sido concebidos en régimen de poligamia, es incuestionable¹⁵⁵. Es más, el derecho a esta pensión los Tribunales lo hacen extensivo a su supuesto mucho más complejo por la dificultad para determinar la naturaleza de la filiación entre el causante y los menores, cual es el acogimiento de éstos siguiendo los postulados de la “Kafala” islámica, institución desconocida en el derecho de familia español¹⁵⁶.

121. Tampoco hay obstáculos a la extensión del derecho a la pensión de orfandad ni en el contenido del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social ni en el concertado con Túnez, pues únicamente incorporan matizaciones en relación a la pensión de viudedad, en los términos ya analizados. En otros países, como es el caso de Italia en el Convenio de Seguridad Social concertado con Túnez¹⁵⁷, cuando se ha querido limitar el número de menores con posible derecho a pensión se ha hecho de forma expresa. Así, este Convenio incluye una cuestionable limitación del derecho a cuatro menores¹⁵⁸.

VII. Reflexiones finales

122. La poligamia, como parte de las prácticas indirectas propias de la identidad islámica, puede ser limitada sin que se vea alterado el derecho a la libertad religiosa de la ciudadanía, y ello tiene respaldo en el derecho español internacional en defensa del orden público.

123. Siendo la poligamia una situación regulada por el derecho islámico, presupone una situación de desigualdad de trato para la mujer que tiene como punto de partida la particular asignación de roles matrimoniales que se derivan de la aplicación del derecho islámico.

124. La poligamia sigue teniendo presencia en el mundo musulmán, aun cuando su incidencia va en descenso. Sin embargo, el incremento de los movimientos migratorios entre los países islámicos y europeos provoca que se puedan plantear conflictos jurídicos derivados de su concurrencia, principalmente por el choque con el orden público sobre el que se apoyan los ordenamientos jurídicos no islámicos.

125. El concepto de orden público español tiene su fundamento en la defensa de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española. El concepto de orden público “atenuado” puede funcionar cuando la aplicación de una Ley extranjera no produce un daño sustancial a la sociedad y contribuye a restaurar la justicia material, aun cuando su contenido sea formalmente contrario al orden público. En este contexto, la poligamia es claramente contraria al orden público español por vulnerar, principalmente, el art. 14 Constitución Española, y también al orden público internacional. Sin embargo pueden plantearse situaciones, como es el derecho a la pensión de viudedad de las distintas cónyuges, en la cual la aplicación estricta de esta limitación conlleva que se produzca otra situación discriminatoria, cual es la desprotección y discriminación de las mujeres por la mera voluntad del cónyuge que decide a cuál de ellas va a reagrupar en territorio español. Por ello, no ya es que pueda entrar en juego el orden público “atenuado”, es que hay que defender la aplicación del art. 14 también desde esta perspectiva.

¹⁵⁵ El Juzgado de Lo Social de La Coruña, en su sentencia de 13 de julio de 1998, afirma expresamente que “acreditada la filiación de los solicitantes con el fallecido, reúnen los requisitos exigidos en el art. 175 LGSS”. Incluso puede deducirse que es el criterio seguido por el INSS. Así, el STSJ Cataluña, 25 de abril de 2016, indica en los antecedentes de hecho que, solicitada pensión de viudedad y orfandad por la demandante, la Resolución del INSS denegó únicamente la pensión de viudedad.

¹⁵⁶ No es directamente asimilable a la adopción, el acogimiento o la tutela, aun cuando tiene una finalidad similar: la educación y la protección de menores en situación de abandono. STSJ Madrid, 31 de enero de 2008, rec. 2423/2007. Vid. M. P. DIAGO DIAGO, “La kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2010, pp. 142 y ss.

¹⁵⁷ Ratificado por Ley 7-10-1986, n.735, firmado el 7 de diciembre de 1984.

¹⁵⁸ Art. 24.1: “*Le disposizioni del presente capitolo, relative al diritto alle prestazioni ai sensi della legislazione italiana a beneficio dei familiari residenti in Tunisia, comportano il versamento degli assegni familiari veri e propri, destinati alla moglie e ad un massimo di 4 figli, ad esclusione di qualsiasi maggiorazione*”.

126. La poligamia va a producir efectos en relación al derecho a prestaciones de Seguridad Social cuando, o bien se solicitan pensiones de viudedad y orfandad que no incorporan el requisito de nacionalidad y residencia en territorio español, o bien se reclaman como poseedores de permiso de residencia y trabajo, pero no integrados todos los cónyuges en la misma unidad familiar.

127. Los efectos de la poligamia en el derecho a prestaciones de Seguridad Social que exigen residencia en España son, en la actualidad, muy residuales. Así, las prestaciones relacionadas con el nacimiento de hijo no están vinculadas a la necesidad de que exista vínculo matrimonial, y están al alcance de cualquier mujer en situación de residencia legal. Únicamente quedaría más limitado el concepto de unidad familiar a los efectos de acreditación de la carencia de rentas.

128. Igualmente, la labor de los Tribunales ha determinado que la poligamia tampoco tenga efectos en relación al derecho a prestaciones que no exigen residencia en España, como son las pensiones de viudedad y orfandad. En este último caso, prácticamente es incuestionable que todos los hijos del causante puedan ser beneficiarios por igual, puesto que la propia Ley General de Seguridad Social lo admite, los Convenios bilaterales de Seguridad Social no lo impiden y prima, sobre todo, el interés superior de los menores.

129. En relación al derecho a la pensión de viudedad de todas las posibles cónyuges, la combinación entre la reciente doctrina permisiva del Tribunal Supremo y el contenido de los Convenios de Seguridad Social entre Marruecos, Túnez y España, aboca a un inevitable tratamiento normativo de esta cuestión. En primer lugar, para evitar que sea la cuestionable “vía interpretativa” del Tribunal Supremo la que permita percibir la pensión a nacionales de países que no sean Túnez o Marruecos, y sin distinción del Régimen de Seguridad Social que las conceda. Y ello en aras de la defensa de la igualdad de todas las contratantes, evitando que puedan verse discriminadas por el marido común, y al respeto a su Ley personal.

130. No resulta conforme al contenido de la Ley General de la Seguridad Social el contenido de los Convenios de Seguridad Social con Marruecos y Túnez, que deben ser modificados para, por una parte, establecer el criterio de reparto proporcional de la pensión de viudedad al igual que se hace en los casos de crisis matrimonial. Por otra parte, para que no exista un reenvío a la aplicación de la legislación marroquí en los casos en que se haya producido en divorcio de una de las cónyuges, pues ésta impide en tal caso el percibo de pensiones de viudedad.

LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ACCIONES DE DAÑOS Y PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW: DAMAGES ACTIONS AND JUDICIAL PRONOUNCEMENTS

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil

Centro Universitario Villanueva

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 28.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4620>

Resumen: Tras más de medio siglo de aplicación eminentemente pública del Derecho de la Competencia, estamos asistiendo a un impulso de la aplicación privada, que permite a los perjudicados por conductas anticompetitivas reclamar daños y perjuicios ante los tribunales civiles. Tanto la Directiva 2014/104/CE como su transposición en España por el RD Ley 9/2017 significan grandes avances en este ámbito. El objeto del presente trabajo es el análisis y valoración crítica de los primeros pronunciamientos judiciales que han tenido lugar resolviendo estas reclamaciones, derivadas principalmente de cárteles (azúcar, seguro decenal, sobres de papel). Se prestará especial atención a los informes periciales de valoración del daño, así como la diferente eficacia de las acciones *follow-on* y las *stand-alone*.

Palabras clave: aplicación privada, acciones de daños, Directiva, estimación del daño, acciones stand-alone.

Abstract: After more than half a century of public enforcement of Competition law in the EU, we gaze at the fostering of private enforcement, which allows filing damages actions to those who have suffered the economic harm due to anticompetitive practices. Both Directive 2014/104/CE and its implementation in Spain through RD Ley 9/2017 are significant steps in this direction. The aim of this paper is the critical analysis of the first judicial pronouncements dictated when dealing with such claims, basically provoked by cartels (such as sugar, property insurance or envelopes). We examine closely the relevance in these proceedings of the economic proof, as well as the different effectiveness of *follow-on* and *stand-alone* actions.

Keywords: private enforcement, damages actions, Directive, harm estimation, stand-alone claims.

Sumario: I. Introducción: la privatización del Derecho de la Competencia. II. Las acciones de daños: de la Directiva 2014/104/CE al R.D. Ley 9/2017. 1. Los antecedentes. 2. la Directiva 2014/104/CE y su transposición. 3. El RD Ley 9/2017. 4. Algunas problemáticas procesales y sustantivas suscitadas en la práctica. A) El controvertido régimen de transitoriedad. B) La responsabilidad del solicitante de clemencia. C) Dies a quo y cómputo de los plazos. D) La cuestión de la jurisdicción competente. III. La valoración económica de los daños. 1. Consideraciones previas: el cártel del azúcar y la STS de 07.11.13. 2. El precedente en el caso MUSAAT. 3. Lo que está por venir: el cártel de los camiones. 4. El cártel de los sobres de papel. 5. Los informes periciales de cuantificación del daño. IV. El triunfo de las acciones “stand-alone”: *el cartel del seguro decenal*. 1. Consideraciones previas: la vinculación al juez civil. 2. El expediente sancionador ante la autoridad administrativa. 3. La acción de resarcimiento patrimonial ante el Juzgado Mercantil. 4. El recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. V. Conclusiones.

“Las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”
TJCE, Sentencia *Courage* (Apdo. 27).

I. Introducción: la privatización del Derecho de la Competencia

1. Pese a lo contradictorio de la situación, la defensa de la libre competencia en la UE estaba “monopolizada” por la Comisión Europea y por las Autoridades Nacionales de Competencia en los Estados miembros; un derecho con un alcance cada vez más amplio y extendido se había centralizado en cuanto a sus órganos de aplicación; y, finalmente, pese a tutelar también intereses privados de particulares y empresas, era predominantemente público, y constreñido a los cauces del derecho administrativo sancionador.

2. Esta situación ha ido cambiando en los últimos años, tanto en el ámbito de la UE como en nuestro propio ordenamiento interno. En el plano comunitario el primer paso fue la aprobación del *Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*¹, que supuso un giro copernicano -marcado por la modernización y la descentralización- en el *enforcement* del derecho de la competencia en la UE.

3. Uno de los ejes centrales del nuevo sistema fue la aplicabilidad directa del actual artículo art. 101.3 TFUE, de forma que las empresas habían de autoevaluar el acuerdo o práctica eventualmente anticompetitivo, para ver si entraba en el ámbito de prohibición del párrafo 1º del mismo artículo, o era incardinable en el ámbito de la exención. El segundo aspecto más importante es el reforzamiento y mayor protagonismo de las autoridades nacionales (tanto administrativas como judiciales) en la aplicación del Derecho de Competencia de la UE². En este sentido, se crearon mecanismos de cooperación entre la Comisión y dichas autoridades nacionales y se puso en marcha la *European Competition Network* (ECN)³ como una plataforma para articular dicha colaboración.

4. Casi simultáneamente, en España la aprobación⁴ de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial supuso la creación de los Juzgados de lo Mercantil, que conforme a lo previsto por el nuevo art. 86 ter 2.f) LOPJ, tienen competencia objetiva para conocer “*De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado*”. Las dudas sobre si tal previsión también alcanzaba a los artículos 1 y 2 LDC se han ido solventando con el tiempo y la jurisprudencia.

5. Desde luego, con la aprobación⁵ de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), se zanjó la cuestión, ya que establece en su D.A. 1ª: “*De acuerdo con lo dispuesto*

¹ Texto pertinente a efectos del EEE, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

² Como se señala en las Conclusiones del A.G. Mazak en el asunto C-375/09, *Tele2 Polska*, presentadas el 7 de diciembre de 2010: “La descentralización de la aplicación del Derecho de competencia de la UE va más allá de limitarse a exigir a las ANC y a los tribunales nacionales que apliquen los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Para permitir la correcta puesta en práctica de la descentralización, el Reglamento n° 1/2003 proporciona al menos tres mecanismos distintos: i) la atribución de facultades a las ANC y a los tribunales nacionales, con la consiguiente disminución de los casos de aplicación directa por la Comisión; (ii) la exigencia de que las ANC y los tribunales nacionales apliquen los artículos 101 TFUE y 102 TFUE con arreglo a un sistema que regule las relaciones entre el Derecho nacional y el de la UE; y, finalmente, pero no menos importante, (iii) disposiciones para facilitar la cooperación y el control del trabajo de las ANC y de los tribunales nacionales con objeto de salvaguardar una aplicación uniforme y coherente de las normas de competencia de la UE” (n. 14).

³ *Comunicación de la Comisión sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* (DO 2004, C 101, p 43).

⁴ «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003, páginas 26901 a 26905.

⁵ «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley”. Se conforma, pues, un modelo en el que no sólo las autoridades de competencia están llamadas a aplicar la normativa antitrust, sino también las autoridades jurisdiccionales del orden civil en los diferentes Estados miembros. Lo que no cabe ninguna duda, y así se puso de manifiesto⁶ desde la aprobación de la actual LDC, es que cabían en nuestro sistema *antitrust* las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. Nos hallamos, por tanto, ante una “aplicación privada” de esta normativa, que -como veremos seguidamente- no viene a sustituir, sino complementar la aplicación que llevan a cabo las autoridades de competencia.

6. Como señala el prof. ALONSO SOTO, “entendemos por aplicación privada del Derecho de la competencia la realizada por los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción civil ordinaria en contraposición con la aplicación pública, que es la que realizan las autoridades administrativas de defensa de la competencia, tanto europeas como nacionales o autonómicas”⁷. En este ámbito su manifestación más clara -aunque no la única- son las acciones de daños y perjuicios derivadas de ilícitos anticompetitivos, que encuentran su razón de ser en la necesidad de compensar el perjuicio económico causado a las víctimas de estas prácticas.

7. En este trabajo abordaremos el análisis de jurisprudencia reciente relativa al ejercicio de estas acciones de daños, en el marco de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, y yendo un paso más adelante el proceso, todavía más amplio, de privatización del Derecho *antitrust*. En efecto, este proceso de privatización y descentralización del *enforcement* antitrust ha experimentado en fechas recientes otra vuelta de tuerca con la aprobación de la Directiva⁸ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En España, esta profunda transformación se ha incorporado al derecho interno por Real Decreto-Ley⁹ 9/2017, de 26 de mayo.

Como ha destacado recientemente en una publicación doctrinal el Magistrado del Tribunal Supremo SANCHO GARGALLO:

*“Esta cuestión se enmarca en el proceso de privatización del derecho de competencia, por el que las autoridades comunitarias y nacionales de la competencia han dejado de tener el monopolio en el control de las conductas contrarias a la normativa antitrust, y se ha reconocido a los tribunales nacionales de la jurisdicción ordinaria la facultad de apreciar estas infracciones cuando sean presupuesto para el ejercicio de una pretensión de derecho privado”*¹⁰.

8. La posibilidad de reclamar ante la jurisdicción civil ordinaria los daños y perjuicios patrimoniales que resulten de la conducta anticompetitiva existía en términos teóricos y genéricos desde el Tratado de Roma de 1957, y en España desde la Ley 16/1989, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, pero su virtualidad real no se ha desplegado hasta este movimiento de “private enforcement”. En concreto, la Directiva 2014/104/UE pretende armonizar y mejorar la regulación en los diferentes Estados miembros de la UE de las acciones civiles que contemplan el resarcimiento patrimonial de quien se ha visto perjudicado por un ilícito anticompetitivo.

⁶ Vid., por todos, J. PÁSSAS, y J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ed.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Ed. Wolters Kluwer (2008), pp. 249-278.

⁷ R. ALONSO SOTO, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Notas de Competencia Gómez-Acebo & Pombó*, nº 21 (2018). Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/notas-de-competencia-n-o-21-2018/> (última consulta el 24 de diciembre de 2018).

⁸ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014.

⁹ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, *B.O.E.* núm. 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017.

¹⁰ I. SANCHO GARGALLO, “El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), pág. 107.

9. En efecto, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage c. Crehan*¹¹, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la “plena compensación”, en consonancia con la resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo¹² y los primeros pronunciamientos¹³ que se habían dictado a este respecto, se consagra ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*¹⁴ desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta antitrust. Desde los primeros análisis que se hicieron de este proceso de privatización del derecho de competencia¹⁵ se puso de manifiesto que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la UE existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula¹⁶.

10. Lo que parece indudable es que ambos sistemas (la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia) están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto es así por diseño explícito de las autoridades legislativas, desde el entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Pensamos que este “equilibrio” es el que permitirá superar las objeciones y críticas¹⁷ que, naturalmente, también se han puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada.

11. Así mismo, y aunque su tramitación legal ha entrado en punto muerto, no podemos dejar de citar aquí el Proyecto de Ley de Código Mercantil, remitido por el Gobierno a las Cortes en junio de 2014, que consagra –entre otras muchas reformas– esta “privatización” del Derecho de Defensa de la Competencia de la que venimos hablando, al ubicar sistemáticamente su regulación en el Libro III, «*Del Derecho de la Competencia y la propiedad industrial*». Y esto es así porque se incluye, como Título II el «*De la Competencia Desleal*», y como Título III el «*De la Defensa de la Competencia*», reuniéndose en un único Título, el IV, «*De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia*», lo que a todas luces indica una voluntad de nuestro legislador de categorizar la normativa antitrust como una subespecie de la normativa que regula la actividad concurrencial en el mercado, y deja de ser por tanto una

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

¹² Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2008/2154(INI)], DOUE n° C 117/E, de 6 de mayo de 2010, p. 161: “*las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado*”.

¹³ Vid., entre otros, Asunto 68/79 *Hans Just v Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501; asunto 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] ECR 3595; asuntos C-192/95 *Comateb and others v Directeur général des douanes et droits indirects* [1997] ECR I-165, C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

¹⁵ C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 3, Año 2008.

¹⁶ Nos estamos refiriendo, entre otros aspectos, al antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de “prejudicialidad” administrativa, de modo que sólo sobre la base de una Resolución firme de la Autoridad correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Esto suponía un costoso, complejo e interminable proceso, calificado acertadamente por la doctrina, hace ya veinte años, como “el largo camino hacia el resarcimiento patrimonial”; A. CREUS, “La privatización del Derecho de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, n° 200 (1999), pág. 55.

¹⁷ T. EGER, y P. WEISE, “Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler’s view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases”, *Global Competition Law Review*, Issue 4 (2010), pp. 151-159. En nuestra doctrina, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” en *Indret*, <http://www.indret.com> (Barcelona, julio de 2009).

norma de carácter administrativo para convertirse en una norma de Derecho privado. Esta regulación de la normativa de Defensa de la Competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil no ha pasado inadvertida a la doctrina más atenta, que la ha calificado -en sentido muy crítico con la opción legislativa del proyectado texto- como “singular forma de codificar la regulación de la defensa de la competencia”¹⁸.

12. Para el desarrollo de este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este primer epígrafe de introducción se examinará, en el apartado II, en términos generales, el proceso de elaboración y aprobación de la Directiva 2014/104/CE, y su transposición a nuestro derecho interno a través del RD Ley 9/2017. No se pretende aquí un análisis exhaustivo, lo que excedería con creces el ámbito de este trabajo, sino destacar los aspectos que hemos considerado más relevantes. Por ello, de las múltiples problemáticas procesales que se han suscitado en la práctica centraremos nuestra atención únicamente en cuatro: el controvertido régimen de transitoriedad, la responsabilidad del solicitante de clemencia, la cuestión de la jurisdicción competente y el cómputo de los plazos a efectos de prescripción. A continuación, en el apartado III se examinará la cuestión de la valoración económica de los daños, y la importancia de los informes periciales, tomando como base las sentencias dictadas sobre las reclamaciones de daños ejercidas como consecuencia del *cártel de los sobres de papel*. Seguidamente, en el apartado IV, se aborda el tema de las acciones “stand-alone”, y la vinculación al orden jurisdiccional de las decisiones administrativas, tomando como ejemplo el caso MUSAAT derivado del *cártel del seguro decenal*. Por último, en el apartado V de este trabajo se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

II. Las acciones de daños *antitrust*: de la Directiva 2014/104/CE al RD Ley 9/2017

1. Los antecedentes

13. Pese a que la LDC 1989 modernizó notablemente el Derecho de Competencia en España para armonizarlo con el derecho comunitario, derogando la *Ley 110/1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, e hizo que el entonces TDC perdiera su carácter de órgano jurisdiccional para convertirse en un órgano administrativo, subsistían dificultades para que los jueces y tribunales del orden civil pudieran aplicar a título principal la normativa de defensa de la competencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo era bastante taxativa a este respecto, como puede verse en los asuntos *Aiscondel* (Sentencia de 18 de mayo de 1985) o *Nissan* (Sentencia de 30 de noviembre de 1999). Sin embargo, la evolución de la doctrina y la jurisprudencia comunitaria provocó un cambio de orientación, y se empezó a admitir que los jueces y tribunales aplicaran a título incidental el derecho comunitario de la competencia. Esto es, podían declarar la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, y conceder a las víctimas una compensación por los daños sufridos.

14. Por tanto, y pese a las dificultades que desde un primer momento fueron puestas de manifiesto por la doctrina más autorizada¹⁹, las reclamaciones de cantidad y el ejercicio de acciones de daños y perjuicios ante los tribunales españoles basadas en la infracción de la normativa comunitaria de competencia eran técnicamente posibles desde el año 2000, en que se dictó la ya mítica sentencia *DISA*²⁰, que establecía esta suerte de “aplicación compartida”²¹ del Derecho de la Competencia, y ello pese a las incertidumbres sembradas en este terreno por la no menos histórica doctrina *CAMPSA*²².

¹⁸ J. COSTAS COMESAÑA, *La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil: Estudios sobre el futuro Código Mercantil, libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 1058.

¹⁹ I. DÍEZ-PICAZO, “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia 1989-2007*, Libro Marrón-C. Empresarios Madrid (2008), págs. 53 a 74.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de junio de 2000, núm. 540/2000.

²¹ J. COSTAS, “En torno al sistema español de aplicación compartida del derecho de defensa de la competencia (Comentario a la STS de 2 de junio de 2000)”, *Actas Derecho Industrial y derecho de autor (ADI)*, nº 21, Año 2000, págs. 231 a 250.

²² Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1993, núm. 211/91.

15. Se ha destacado acertadamente²³ que esta jurisprudencia del alto Tribunal resultó de especial trascendencia por dos motivos. Por un lado, se declaraba sin ambages potestad de los órganos jurisdiccionales nacionales no sólo para aplicar de forma directa la prohibición contenida en el entonces art. 81.1 del Tratado CE, sino para declarar la nulidad de los contratos y acuerdos que resulten contrarios a la citada prohibición al amparo del párrafo segundo del citado precepto. Por otro, el citado pronunciamiento del Tribunal Supremo viene a inaugurar una línea jurisprudencial que se aparta de la referida sentencia CAMPSA, en la cual se estableció el principio de que nuestros órganos jurisdiccionales ordinarios carecen de potestad para aplicar a título principal las normas comunitarias sobre libre competencia. En un momento posterior, la doctrina del caso *Disa* pasó a ser jurisprudencia, al ser asumida por las sentencias posteriores (como la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2001, en el asunto *Mercedes Benz*, y la del 15 de marzo de 2001, en el caso *Petronor*).

16. En cualquier caso, la entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del Reglamento CE 1/2003 zanja por completo la discusión, al reconocer expresamente la potestad de los jueces y tribunales civiles de los Estados miembros para aplicar directamente los artículos 101 y 102 del TFUE, y –a los efectos que aquí nos interesan– su capacidad objetiva para conocer de acciones de daños y perjuicios basadas en la infracción de dichos preceptos del Tratado, sin el requisito de procedibilidad de la existencia de una decisión administrativa previa, sino procediendo por sí mismos (“*stand-alone*”)²⁴.

17. Esta posibilidad, y la jurisprudencia española existente al respecto fueron ya analizadas en su momento por la doctrina²⁵, y constituyen el antecedente de la situación en la que ahora nos encontramos. A este respecto, y como han señalado los propios magistrados de la Sala 1ª en alguna intervención²⁶, la experiencia de los tribunales españoles en esta materia constituye un cuerpo de jurisprudencia rico y consistente, dentro de las limitaciones de la legislación entonces vigente. Podemos concluir por tanto que la vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) consagra definitivamente el sistema de la aplicación privada en España, y no necesite pronunciarse expresamente sobre la aplicación del derecho comunitario por los jueces y tribunales civiles, ya que entiende que está resuelto por el Reglamento 1/2003 y el art. 86 ter 2.f) LOPJ. Sin embargo, este proceso de modernización y descentralización no produjo avance alguno en el ámbito de las reclamaciones patrimoniales, que seguían siendo en España –y en el resto de los estados miembros de la UE– prácticamente inexistentes. Existía, como ha quedado dicho, la posibilidad teórica, pero no era un sistema eficaz, debido a los múltiples obstáculos existentes que impedían la realidad de un “marco normativo realmente eficaz para obtener la reparación de los daños causados por infracciones al Derecho de la competencia”²⁷. Precisamente para impulsar el ejercicio de este tipo de acciones es para lo que se planteó la Directiva 2014/104/CE.

2. El debate sobre la Directiva 2014/104/CE y su transposición

18. No se pretende, en estas páginas, un análisis exhaustivo del intenso debate que precedió la aprobación de la Directiva de Daños, ni el subsiguiente proceso interno derivado de la necesidad de

²³ *Vid.*, por todos, A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, “La STS 2 junio 2000 y sus implicaciones para los contratos de suministro exclusivo de carburantes entre compañías petroleras y estaciones de servicio”, *Diario La Ley*, Año XXII, núm. 5274, 23 de marzo de 2001.

²⁴ *Vid.*, como un ejemplo entre otros muchos que podrían citarse a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, que resuelve el Recurso de Casación núm. 315/2004, relativo a un litigio que enfrentaba a las entidades mercantiles «RENTA VENCAN, SL» y «CANOVEN, SL» contra la petrolera “SHELL” por un contrato de suministro de productos petrolíferos. El juez civil declara con rotundidad el carácter anticompetitivo de algunas cláusulas de dicho acuerdo por infringir el art. 101 TFUE, sin necesidad de ningún pronunciamiento previo por parte de las autoridades administrativas.

²⁵ H. BROKELMANN, “Enforcement of articles 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: The case of Spain and Portugal”, *World Competition*, nº 29, Vol. 4 (2006), pp. 535-554.

²⁶ P. J. VELA TORRES, “Experiencia de la Sala primera del Tribunal Supremo en aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en I. Ruiz Peris (dir), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 53 a 76, Valencia 2016.

²⁷ C. FERNÁNDEZ-VICIÉN, “La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados”, en S. MARTÍNEZ-LAGE y A. PETITBÓ JUAN (Dirs), *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pág. 171.

aprobar una norma para su transposición a nuestro propio ordenamiento jurídico. Simplemente intentaremos recoger lo más destacado de la abundante bibliografía al respecto, así como señalar aquellos puntos que más incidencia van a tener en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos.

19. Ante la imperiosa necesidad de impulsar la aplicación privada del Derecho de la Competencia, y tras los pronunciamientos *Manfredi* y *Courage*, la Comisión Europea hacía sus propios esfuerzos legislativos, que se plasmaron en: (i) la publicación de un *Libro Verde*²⁸ en 2005; (ii) tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de reflexivos informes²⁹ sobre la cuestión; (iii) la discusión sobre documentos de trabajo³⁰ y posterior publicación un *Libro Blanco*³¹ en 2009. El objetivo era la elaboración de propuestas de diversa índole orientadas a garantizar el acceso a mecanismos efectivos de resarcimiento patrimonial y que el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* no se viera obstaculizado por las normativas nacionales, de carácter sustantivo o procedimental.

20. El 11 de junio de 2013 se publicó la Propuesta de Directiva de Daños, junto con otros documentos: el primero de ellos, y al que haremos abundantes referencias en este trabajo, la *Guía Práctica sobre cuantificación de daños en acciones por daños y perjuicios en base a las infracciones de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*³² (en adelante, la Guía Práctica). El segundo, una recomendación sobre acciones colectivas³³. Este último aspecto, el del *collective redress*, es sin duda una de las grandes asignaturas pendientes de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, tanto en la UE como en España. La absoluta ausencia de reclamaciones colectivas llevadas a cabo por consumidores y asociaciones de consumidores es algo que ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina³⁴, y como se ha señalado acertadamente “las acciones colectivas de daños *antitrust* siguen siendo terreno inexplorado”³⁵, pero nadie todavía acierta a explicar fundadamente sus motivos. Hasta la fecha, el único intento de entablar una acción de este tipo fue a raíz de la multa³⁶ impuesta a *Telefónica* por abuso de posición dominante -bajo la controvertida figura del *margin squeeze*, o estrechamiento de márgenes- en el mercado mayorista de banda ancha de internet. La asociación de consumidores AUSBANC, y en representación de los titulares de líneas ADSL que estaban pagando un sobreprecio por culpa de esta conducta anticompetitiva, entabló una acción de daños y perjuicios contra la empresa española por importe de 458 millones de euros. Sin embargo, la reclamación fue desestimada³⁷, sin conocer en cuanto

²⁸ *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005.

²⁹ *Vid. STUDY ON THE CONDITIONS OF CLAIMS FOR DAMAGES IN CASE OF INFRINGEMENT OF EC COMPETITION RULES. ANALYSIS OF ECONOMIC MODELS FOR THE CALCULATION OF DAMAGES*, by EMILY CLARK, MAT HUGHES and DAVID WIRTH, at 31 august 2004, disponible en: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf

³⁰ *The Discussion Paper of DG Competition on Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 EC*, disponible en la web: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

³¹ *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.

³² Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf

³³ Se trata de un texto legal no vinculante (*soft law*): *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 L 201 de 26 de Julio de 2013, p. 0060 – 0065.

³⁴ J. MARTÍN PASTOR, “Las acciones colectivas en España: especial referencia a la aplicación privada de la competencia”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 187 a 229, Valencia 2016.

³⁵ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española – ICE: revista de economía*, nº 876 (2014), pág. 102.

³⁶ Decisión de la Comisión Europea, de 4 de julio de 2007, COMP 38.784 *Wanadoo c. Telefónica*; confirmada posteriormente por Sentencia del Tribunal General (Sala 8ª), de 29 de marzo de 2012, *Telefónica c. Comisión Europea* T- 336/ 07 (ECLI:EU:T:2012:172) y posteriormente por Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de la UE de 10 de julio de 2014, Asunto C- 295/12 P (ECLI:EU:C:2014:2062).

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), núm. 139/2013, de 30 de septiembre (ECLI:ES:APM:2013:2461A).

al fondo, sino simplemente por la falta de legitimación activa de AUSBANC, oportunamente alegada por Telefónica como excepción procesal, ya que en ese momento estaba sancionada³⁸ y había perdido la categoría de Asociación de Consumidores.

21. Una vez superados los obstáculos y debates propios en la UE para la aprobación de una normativa de semejante calado, la Directiva 2014/104/CE (en adelante *la Directiva*) vio por fin la luz en el *DOUE* del 5 de diciembre de 2014³⁹, abriéndose entonces el preceptivo plazo de dos años para que los Estados miembros promulgaran sus respectivas normas de transposición.

22. En fechas recientes se ha publicado un riguroso y completo estudio⁴⁰ sobre la Directiva, que aborda con precisión y sentido crítico todo el proceso de elaboración y su ulterior transposición a los Estados miembros; a él nos remitimos para un análisis en profundidad. Se destaca en el capítulo de introducción, en línea con lo que hemos señalado al principio de estas páginas, que la Directiva es un paso más en ese esfuerzo de la UE de “progresiva descentralización del *enforcement*” (pág. 55) del Derecho de la Competencia. En una de las primeras aportaciones doctrinales que la analiza, expertos conocedores -y ejercientes- del Derecho *antitrust* no dudaron en señalar que “la aplicación, hoy en día, del Derecho de la Competencia en la UE sigue teniendo un carácter eminentemente público (...). En lo que se refiere a la aplicación privada del Derecho de la Competencia, salvo contadas excepciones, el panorama no puede calificarse como tan exitoso en comparación con la aplicación pública”⁴¹.

23. La valoración que hacen estos autores es, en términos generales, favorable al resultado final del proceso, y el texto de la Directiva, pero manifiestan sus dudas sobre la efectividad de la transposición en los diferentes Estados miembros, ya que éstos mantienen un considerable grado de autonomía a la hora de adaptar a sus respectivos ordenamientos las previsiones contenidas en la Directiva. A la vez, hay extremos contemplados en la Directiva que van más allá del mero reconocimiento a ser indemnizados (la presunción del daño, el plazo de prescripción de la acción, la regla de la solidaridad conjunta, la cuantificación del daño y el efecto vinculante de las decisiones de las ANC) que tienen necesariamente que incorporarse, para cumplir con la obligación de transposición, y es ahí donde vendrán algunas de las problemáticas prácticas que serán examinadas en el epígrafe siguiente.

3. El RD Ley 9/2017, de 26 de mayo

24. Con respecto a la transposición de la Directiva de Daños a nuestro derecho interno, encontramos también abundantes estudios desde el momento mismo en que se publicó la propuesta de Ley⁴², y que analizan las problemáticas planteadas⁴³ y las soluciones propuestas, tanto en sus aspectos sustantivos⁴⁴ como procesales⁴⁵. Pese a que todavía la normativa de transposición no ha desplegado todo

³⁸ Sentencia núm. 4765/2010, de la Audiencia Nacional (Sala 4ª), de 6 de octubre de 2010 (ECLI:ES:AN:2010:4765).

³⁹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE (*OJ L 349, 5.12.2014, p. 1-19*).

⁴⁰ B. RODGER; M. SOUSA and F. MARCOS, *The EU Antitrust Damages Directive transposition in the member states*, Oxford University Press (2018).

⁴¹ F. CANTOS; E. CARRERA y P. GONZALO, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de Daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita”, *Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia*, Ed. La Ley, nº 36, Nov-Dic. 2013, pág. 36.

⁴² H. BROKELMANN, “La Directiva de Daños y su transposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 37, 2015, págs. 10 y ss.

⁴³ Permítase la referencia a F. DÍEZ ESTELLA y M. DE PRADA RODRÍGUEZ, “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, Enero de 2019 (*en edición*).

⁴⁴ Especialmente completo, riguroso y acertado es el análisis de 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183.

⁴⁵ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de Ley de transposición”, *Cuadernos*

su efecto (no es aplicable a los asuntos resueltos con carácter previo a su entrada en vigor), ya se han elevado voces críticas con la transposición, y se ha calificado el momento histórico como de “ocasión perdida”⁴⁶. Como es sabido, y ya ocurrió a raíz del Reglamento 1/2003, y el proceso de “descentralización” al que hemos hecho referencia en la introducción, tanto esta norma -que es de aplicación directa- como la Directiva, que requiere norma interna de transposición, respetan la autonomía procedimental de los Estados miembros, y esto ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar la fórmula elegida por nuestro legislador. En cualquier caso, otros autores destacan⁴⁷, en sentido más favorable a la Directiva, que esta pérdida del monopolio en la aplicación del Derecho de la Competencia que antes tenían las autoridades públicas es, como venimos señalando, un cambio radical en el *enforcement* antitrust tal como hasta ahora lo habíamos conocido.

25. Desde el punto de vista de la acogida por parte de la doctrina, pero con destacadas aportaciones de un amplio número de magistrados -que son lo que luego van a interpretar y aplicar sus disposiciones en la práctica-, el Consejo General de la Abogacía ha publicado recientemente un interesante volumen que bien puede considerarse como un primer análisis del RD 9/2017, bajo el título “*Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*”⁴⁸. En él se abordan los siguientes temas, que aquí nos limitaremos a enunciar, reservando la referencia específica a algunos de ellos a lo largo de las cuestiones que se analizan en este trabajo:

- El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (Rafael Sarazá Jimena)
- Los daños del cártel: un caso de solidaridad impropia (Celestino Pardo Núñez)
- Acciones follow-on y la doctrina de la solidaridad impropia (José M^a Ribelles Arellano)
- La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños (Ángel Galgo Peco)
- Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral (Purificación Martorell Zulueta)
- El efecto vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia (Ignacio Sancho Gargallo)
- Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust (Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Julia Suderow)

26. Naturalmente, no todo son alabanzas al modelo seguido en España para la transposición de la Directiva de Daños. Quizá donde más acervadas son las críticas es en las reformas procesales que el RD Ley 9/2017 introduce, modificando la LEC, y es verdad que en el plano sustantivo no ha supuesto un cambio muy radical (la LDC ya estaba preparada para el ejercicio de las acciones de daños derivados de ilícitos antitrust). En ese sentido, se ha calificado⁴⁹ el RD Ley 9/2017 de “normativa técnicamente deficiente e imprecisa”; que introduce “conceptos extraños, ajenos a nuestra cultura procesal, que dificulta aún más, si cabe, la actividad del operador jurídico”; y, sobre la tan celebrada novedad del acceso a las fuentes de prueba (*discovery*), “no se revela ni sencillo, ni operativo, ni barato”. Está claro que habrá que esperar a la puesta en práctica de este aspecto concreto de la reforma, pero no cabe duda -sin quitarle importancia a las restantes cuestiones de carácter sustantivo- que el éxito o fracaso de la reclamación

de Derecho Transnacional (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 125-152; y LL. CABALLO I ANGELATS, “Aspectos procesales de la reclamación judicial del resarcimiento de daños y perjuicios causados por infracción de normas comunitarias de la competencia”, en A. FONT I RIBAS y B. VILÀ COSTA (Dir.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 13 y ss.

⁴⁶ V. SOPEÑA BLANCO y G. MARTÍN MARTÍN, “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* (Editorial LA LEY), n.º 17/2015, 1 de julio de 2015, págs. 1 a 40.

⁴⁷ *Vid.*, especialmente acertada, la valoración que hace J.I. RUIZ PERIS, “Tiempos de cambio: del monopolio de la aplicación pública del Derecho de la Competencia a la responsabilidad compartida”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 15 a 76, Valencia 2016.

⁴⁸ Coordinado y coeditado por el CGAE y la Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

⁴⁹ P. MARTORELL ZULUETA, “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 78, 79 y 87 respectivamente.

patrimonial ante la jurisdicción ordinaria dependerá, en gran medida, de lo "demostrado" y acreditado que esté el daño económico sufrido como consecuencia de la conducta anticompetitiva; y esto sólo se podrá conseguir y argumentar adecuadamente si se acceden a los medios de prueba pertinentes⁵⁰. La cuestión del acceso a los medios de prueba no es objeto de análisis en estas páginas, nos remitimos para su estudio a algunas de las publicaciones ya existentes sobre la cuestión⁵¹.

4. Algunas problemáticas procesales y sustantivas suscitadas en la práctica

27. Son muchas las problemáticas procesales y sustantivas que la Directiva, y su transposición a nuestro derecho interno, han planteado. Y son más numerosas aún las cuestiones que se han suscitado -y se suscitarán- al hilo de su aplicación por los tribunales civiles cuando resuelvan sobre reclamaciones de daños antitrust. En este apartado vamos únicamente a fijarnos en cuatro, que nos han parecido especialmente relevantes: a) el régimen de transitoriedad; b) la responsabilidad del solicitante de clemencia; c) el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción; y, d) la cuestión de la jurisdicción competente para conocer de este tipo de acciones.

A) El controvertido régimen de transitoriedad

28. Un primer asunto que ha generado no poca discusión, y que se ha visto reflejado también en las primeras sentencias que resuelven acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos es el régimen de transitoriedad previsto en la Directiva, y hasta qué punto puede plantearse la aplicación de sus previsiones -y las del RD Ley 9/2017- a los cárteles ya descubiertos y sancionados antes de su entrada en vigor.

29. Como veremos seguidamente, esto tiene una importancia relevante en la solución de los conflictos planteados, ya que tanto en el plano sustantivo como en el procesal el sistema y las presunciones varían sustancialmente con el nuevo régimen legal. Así, en la saga de Sentencias derivadas del *cártel de los sobres de papel*, que se analizarán en detalle seguidamente, unos tribunales interpretan la ley vigente (la previa a la transposición de la Directiva, naturalmente) a la acción de daños conforme al "espíritu y finalidad de la Directiva", y en consecuencia reconocen al solicitante de clemencia un régimen de responsabilidad subsidiaria del resto de integrantes del cártel, mientras que otros tribunales aplican estrictamente la doctrina de la solidaridad impropia, y niegan esa condición de privilegio al solicitante de clemencia. O, en el mismo sentido, se acoge la presunción del daño, invirtiendo la carga de la prueba, o no se admite esta presunción, y si el reclamante no lo acredita adecuadamente, no se le conceden los daños solicitados. El régimen transitorio recogido en la D.T. 1ª del RD Ley 9/2017 es, dentro de lo complicado que puede a veces distinguir entre normas de carácter procesal y normas de carácter sustantivo, inequívoco:

1. *Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo.*
2. *Las previsiones recogidas en el artículo cuarto de este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor.*

30. Así, las modificaciones introducidas en la LEC (recogidas en el artículo 4 del RD) sólo son aplicables a los procesos que se incoen con posterioridad a su entrada en vigor. Pero las modificaciones

⁵⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, "El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia", *LEY mercantil*, Nº 38, Sección Propiedad Intelectual e Industrial, Julio-Agosto 2017.

⁵¹ Un exhaustivo e interesante análisis crítico de la Propuesta de reforma puede encontrarse en M. J. ACHÓN BRUÑÉN, "Futura modificación de la LEC para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE: medidas de acceso a fuentes de prueba, diferencias procesales con las actuales diligencias preliminares", *Práctica de Tribunales*, Nº 125, Marzo-Abril, 2017; *Vid.*, así mismo, P. FERRÁNDIZ, "Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo artículo 283 bis LEC)", *Diario La Ley*, Nº 9052, Sección Tribuna, 2 de Octubre de 2017. Finalmente, destaca la obra de F. CORDÓN MORENO, "La reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Innovaciones en materia probatoria y, en especial, la regulación del acceso a las fuentes de prueba", *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, Madrid, septiembre 2017.

de la LDC (recogidas en el artículo 3 del RD) no se aplicarán con efecto retroactivo. Esto plantea una dualidad -respecto al régimen sustantivo y procesal de la reforma- que genera alguna que otra duda interpretativa. Resume bien la situación (aplicándola al caso concreto del acceso a las fuentes de prueba) el Magistrado SARAZÁ JIMENA, cuando afirma que “los procesos judiciales por indemnización de daños causados por la infracción del Derecho de la competencia iniciados tras la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, aunque podrán aplicar las normas procesales sobre obtención de pruebas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la reforma, deberán aplicar el Derecho sustantivo anterior a dicha reforma cuando se apliquen a infracciones del Derecho de la competencia que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor de la citada reforma”⁵².

31. Hay otros aspectos de la eventual aplicación del “espíritu y finalidad” de la Directiva a asuntos que se han incoado con anterioridad a su entrada en vigor en nuestro país a través de la norma de transposición que plantean también dificultades de interpretación. Por su importancia, dedicaremos el siguiente epígrafe a uno de ellos, el régimen de responsabilidad del solicitante de clemencia, que, como es bien sabido, difiere sustancialmente antes y después de la Directiva de Daños. Y, no menos relevante, el tema de la prescripción, se aborda igualmente en el epígrafe posterior.

B) El régimen de responsabilidad del solicitante de clemencia

32. Como es sabido, ya desde que empezó a cobrar fuerza la aplicación privada del Derecho de la Competencia, y empezaron a florecer las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, se planteó un conflicto frontal con una herramienta propia del *public enforcement*: el programa de clemencia. La disyuntiva aparecía clara: el solicitante de clemencia podía “librarse” de la sanción administrativa, y en ese sentido el aliciente era poderoso, y de hecho este programa ha sido sin duda el arma más eficaz para la detección y persecución de cárteles en la UE y en España⁵³; sin embargo, no sólo no le eximía de la eventual reclamación de daños y perjuicios, sino que en cierta forma le convertía en el más vulnerable frente al ejercicio de acciones resarcitorias, ya que había confesado su participación en el cártel, y aportado pruebas que lo acreditaban.

33. Ya hemos abordado este conflicto en otras ocasiones⁵⁴, y existe abundante doctrina que lo analiza⁵⁵, a la cual nos remitimos para su estudio en profundidad. Aquí baste decir que la forma que tiene la Directiva de Daños de afrontarlo es previendo un régimen especial de responsabilidad para el solicitante de clemencia, que se distingue del régimen general solidario y conjunto aplicable al resto de infractores (art. 73.1 LDC), respondiendo de forma solidaria únicamente frente a sus compradores o proveedores directos o indirectos y subsidiaria del resto de perjudicados (art. 73.4 LDC). El otro meca-

⁵² R. SARAZÁ JIMENA, “El passing-on antes y después de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), pág. 16.

⁵³ Recientes estudios señalan que en el 2017 más de 2/3 de los cárteles detectados en España lo han sido gracias a una solicitud de clemencia; *Vid.* J.M. ORDÓÑEZ DE HARO; J-R. BORRELL Y J.L. JIMÉNEZ, “Detección y sanción de cárteles en España”, en *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2018, pág. 22.

⁵⁴ F. DíEZ ESTELLA, “Capítulo 9. Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación”, en I. RUIZ PERIS (dir), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 261 a 284, Valencia 2016; F. DíEZ ESTELLA Y P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el Derecho de Defensa de la Competencia?”, *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, nº 7 (Año XL), Julio 2014.

⁵⁵ Especialmente acertado y riguroso es el análisis llevado a cabo en: P. PÉREZ FERNÁNDEZ, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*”, en A. FONT I RIBAS Y S. GÓMEZ TRINIDAD (Coords.), *Competencia y acciones de indemnización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, págs. 205 a 224. *Vid.*, igualmente, E. OLMEDO PERALTA, “La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el Derecho Europeo de la Competencia”, en *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 391 a 426, Valencia 2016.

nismo de salvaguarda del programa de clemencia es el régimen especial y la protección de que goza, en el marco de la exhibición de pruebas⁵⁶.

34. Si al principio de estas páginas señalábamos la importancia de la complementariedad entre aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, en este punto concreto, se hace más acuciante arbitrar mecanismos de coordinación. Como ha destacado en una publicación académica un miembro de la propia CNMC “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”⁵⁷.

35. Es también alentador que no se vean las acciones de daños como un obstáculo al programa de clemencia, sino todo lo contrario, argumentando -en contra de lo que intuitivamente podría uno pensar- que el solicitante de clemencia no sólo queda perjudicado ante a una eventual reclamación de daños sino que se encuentra en una “posición aventajada frente al resto de infractores”⁵⁸. En conjunto, además, las reformas que se han introducido en nuestra normativa a raíz de la transposición de la Directiva para proteger el programa de clemencia han recibido una valoración positiva por parte de la doctrina⁵⁹.

36. La cuestión es, ¿puede beneficiarse de este régimen un solicitante de clemencia que ha participado en un cártel sancionado antes de la entrada en vigor del RD Ley 9/2017, pero cuyas acciones de daños y perjuicios se ejercen con posterioridad? En la sentencia⁶⁰ que resuelve una de estas acciones, derivadas del conocido *cártel de los sobres de papel*, el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona sintetiza (Fto. Jco. 2º) cuál es el régimen aplicable a estas acciones, y por tanto a la solicitud del demandado:

Pueden señalarse hasta tres reglas que nos ayudan a identificar, más plenamente, este régimen de responsabilidad como aplicable:

- (i) *El principio general de irretroactividad de las normas procesales civiles, que reconoce el art. 2 LEC.*
- (ii) *La regla de transitoriedad dada por la DT 1ª del citado RD-Ley, que excluye la aplicación retroactiva de las previsiones de su art. 3, que es el que ha reformado la LDC en materia de compensación por daños, según he referido. Esa regla guarda coherencia con la DF 5ª sobre entrada en vigor de la norma.*
- (iii) *El tratamiento comunitario que la Directiva de daños hace de ese régimen transitorio en sus arts. 21 a 23, que son el germen de la legislación nacional que he señalado de forma inmediatamente anterior. Ahí el legislador comunitario ha dado tres reglas (transposición, aplicación en el tiempo y entrada en vigor) que concluyen por identificar, en el sentido visto, la acción que se ejercita y su régimen aplicable.*

37. Y así, tras una reflexión sobre el “efecto directo” y “primacía” del Derecho de la UE, así como del principio de “interpretación conforme del derecho comunitario”, y recordar -acertadamente- que aunque la Directiva no fuera de aplicación en el momento de autos las normas nacionales deben interpretarse a la luz de su contenido y finalidad, concluye (Fto. Jco. 2º) que: “*es irrelevante para esta resolución la condición de clemente de ADVEO, porque esa condición es extraña a los presupuestos de responsabilidad del régimen de responsabilidad que invoca la actora y que resulta aquí aplicable*”.

⁵⁶ *Vid.*, a este respecto, el sugerente análisis y propuesta que realizan H. GONZÁLEZ DURÁNTEZ y M. CONTRERAS, “La exhibición de las declaraciones de clemencia y transacción en la propuesta de transposición de la Directiva de Daños: una solución conciliadora”, en M.A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2017, págs. 317 y ss.

⁵⁷ D. CASTRO-VILLACAÑAS, “La transposición de la Directiva de Daños de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

⁵⁸ M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, “Las acciones de reclamación de daños derivadas de infracciones de cártel como elemento dinamizador del programa de clemencia”, en *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2018, págs. 189 a 214.

⁵⁹ *Vid.*, por todos, F. MARCOS (2018), Chapter 16. Spain, *The EU Antitrust Damages Directive... cit.*, pág. 357.

⁶⁰ Sentencia nº 2726/2018 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2726).

38. Llama la atención que, sobre el mismo asunto, en cambio, el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, en una Sentencia⁶¹ dictada apenas tres meses antes, había llegado a la conclusión opuesta. El solicitante de clemencia, en su contestación a la reclamación de daños alega que al no ser el demandante comprador directo suyo no responde conforme al principio de la solidaridad impropia⁶², sino que su responsabilidad es subsidiaria de la del resto de empresas integrantes del cártel del que se han derivado los daños, conforme a lo previsto en el artículo 11.5 de la Directiva de Daños. En la Sentencia se invoca la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Kolpinguis Nijmegen BV* (As. 80/86) y *Konstantinos Adeneler y otros* (As. C-212/14) sobre el régimen aplicable cuando una Directiva no ha sido transpuesta en plazo. Y concluye que: “*De conformidad con estas sentencias se considera que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta la directiva comunitaria desde su entrada en vigor, e interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho nacional, y muy especialmente las disposiciones de adaptación, de conformidad con la Directiva*” (Fto. Jco. 3º, n. 6.3).

39. De ahí se sigue el régimen de responsabilidad solidaria de los causantes del daño debe ser interpretado conforme a la finalidad y al contenido de la Directiva que, “*en lo que al solicitante del programa de clemencia se refiere, establece una clara excepción a la responsabilidad solidaria de tal manera que el beneficiario de clemencia ha de ser responsable conjunta y solidariamente solamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, salvo que las otras partes perjudicadas prueben que no pueden obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia*”. (Fto. Jco. 3º, n. 6.7). Y por ello declara la naturaleza de la responsabilidad del solicitante de clemencia (en este caso, la empresa ADVEO) como subsidiaria. Ambas Sentencias han sido recurridas, y habrá que estar entonces al resultado en apelación -o, si es el caso, ante el TS en casación- para que se establezca cuál de estas dos interpretaciones es la correcta.

C) El *dies a quo* y el cómputo de los plazos

40. Teniendo en cuenta la brevedad -un año- del plazo de prescripción de las acciones de daños derivados de responsabilidad extracontractual (*ex art. 1.968 CC*) es de especial trascendencia saber si efectivamente nos situamos en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuándo empieza a contar ese plazo, y qué actuaciones lo interrumpen. Lejos de tratarse de un debate “académico”, la supuesta prescripción de las acciones que interponen los perjudicados por un cártel es sistemáticamente invocada por los demandados. Hoy en día la cuestión no parece ofrecer ninguna duda, y así es resuelto por los Jueces de lo Mercantil que están dictando las primeras sentencias sobre estas reclamaciones.

41. La acción que da lugar a la demanda parte de la aplicación al régimen de defensa de la competencia de la regla general de responsabilidad extracontractual que prevé el art. 1.902 CC. Esto es así ya que hasta la aprobación de la Directiva 2014/104/CE y su incorporación a nuestro ordenamiento por el RD Ley 9/2017, la LDC carecía de una disciplina típicamente procesal para regular la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. De ahí que, como se dice en otro de

⁶¹ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI: ES:JMB:2018:2166).

⁶² Este principio ha sido sentado en la jurisprudencia reciente del TS por la Sentencia 709/2016, de 25 de noviembre, que es invocada en los pronunciamientos que analizaremos más adelante en relación con las reclamaciones derivadas del *cártel de los sobres de papel*. Es alegada esta solidaridad impropia para determinar si la prescripción de la acción de daños para uno de los reclamantes afecta al conjunto de los demandados, y también para dilucidar hasta qué punto responden del daño los que no han tenido relaciones comerciales directas con el que reclama los daños. La respuesta a estas cuestiones, según la SJMerc nº 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES:JMM:2018:162), en su Fundamento Jurídico 4º es: “*no estamos ante una obligación solidaria sino ante una responsabilidad solidaria, que surge de una infracción conjunta. El daño, en un supuesto de cartel que infringe el derecho de la Competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cártel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo. La acción y omisión como primero de los tres elementos del art. 1.902 C.c. (acción u omisión; daño y relación de causalidad), como se ha dicho, se encuentra ya acreditada por la resolución sancionatoria, de manera que no es objeto de prueba ni declaración en este pleito. Aquella resolución lo que acredita es la existencia del acuerdo anticompetitivo, y no que la perjudicada hubiera tenido relaciones con algunas empresas del cártel. Este último extremo sí que es objeto de este pleito a través del elemento de la relación de causalidad, ya que pertenece a éste y no a la acción u omisión*”.

los pronunciamientos⁶³ relativos a las acciones de daños derivados del cártel de los sobres de papel, “*el art. 1902 CC establece un régimen de responsabilidad autosuficiente, no necesitado de esfuerzos de integración analógica, todo de la forma en que ya ha sido entre nosotros larga y pacíficamente interpretado*”.

42. Como ha quedado dicho, el régimen de prescripción inherente a esa acción es del plazo de un año del art. 1968 CC (recordemos que el RD Ley 9/2017 lo amplía a cinco años: art. 74 LDC). Sentada esta premisa, hay que plantearse cuándo empieza a correr ese plazo. Con carácter previo a la publicación de la Directiva de Daños este fue un tema muy debatido, no estando claro si el *dies a quo* era el de la sanción del cártel, la publicación de la correspondiente Resolución de la CNMC, la fecha de su firmeza administrativa, etc. En el caso de las acciones *follow-on* (que serán la gran mayoría) los Jueces Mercantiles no tienen duda alguna sobre esta cuestión⁶⁴:

“La fecha de publicación de la resolución de la CNC interviene como dies a quo o de inicio del cómputo del plazo anual de prescripción, pues fue en ese momento, solo en ese momento y en ningún otro anterior, cuando la actora pudo tener conocimiento razonable de la existencia de infracción, de sus autores, objeto, circunstancias y de su presumible extensión, con asunción estimativa del daño sufrido a resultas de la conducta que allí se apreció como ilícita”.

43. Este razonamiento está en plena consonancia con anteriores pronunciamientos y la doctrina que había ido sentando en sus primeras Sentencias sobre estas cuestiones el Tribunal Supremo. Fue sobre todo en el caso *Céntrica*⁶⁵ (uno de los escasísimos casos de acción de daños derivados de una conducta de abuso de posición dominante) en el que se discutió sobre el plazo de prescripción, argumentando sobre la jurisprudencia existente en materia daños causador por accidentes de vehículos de motor, los principios de seguridad jurídica y de no abandono del derecho, y con referencia incluida a las previsiones del *Libro Blanco*, embrión de la futura Directiva de Daños. Este pronunciamiento, en cierta manera pionero en la materia (se acababa de publicar el Proyecto de Directiva, y se decanta sin ambages por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, entre otros extremos), ha recibido una valoración muy favorable por parte de la doctrina⁶⁶.

44. En cualquier caso, el nuevo art. 74.2 LDC despeja cualquier duda que pudiera surgir al respecto:

El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias:

- a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia;*
- b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y*
- c) la identidad del infractor.*

D) La cuestión de la jurisdicción competente

45. En el supuesto en que se ejercite una acción *follow-on* derivada de un cártel sancionado por la Comisión Europea, como por ejemplo el que más adelante reseñaremos del *cártel de los camiones*⁶⁷, lo

⁶³ Sentencia nº 2727/2018 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2727), Fto. Jco. 2º, Apdo. I.

⁶⁴ Sentencia nº 2726/2018 del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2726), Fto. Jco. 2º, Apdo. II.

⁶⁵ Sentencia núm. 528/2013, del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 4 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4739).

⁶⁶ J.M. BAÑO FOS, “El dies a quo del cómputo de la prescripción en las demandas de daños resultantes de infracciones del Derecho de la Competencia”, en el blog *Derecho Mercantil*, 20 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2013/11/el-dies-quo-en-las-demandas-de-danos.html> (última consulta el 14 de diciembre de 2018).

⁶⁷ Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 — *Camiones*), notificada con el número C(2016) 4673 (DOUE C 108, 6.4.2017, p. 6–8).

habitual será que la conducta anticompetitiva que ha generado el daño se haya llevado a cabo por empresas de varios países, y a la vez haya provocado sus efectos perjudiciales a empresas o consumidores diseminados a lo largo y ancho del territorio de la UE⁶⁸. Las normas de competencia judicial aplicables serán entonces las previstas por el *Reglamento Bruselas I bis*⁶⁹, que establece los criterios para determinar cuál es la jurisdicción competente en cada caso para conocer de las pertinentes acciones de daños. Contempla, junto al general, una serie de *fueros especiales*, que se establecen como alternativos al fuero general con el objetivo de favorecer la posición del demandante o que el proceso se desarrolle en el lugar donde más fácilmente se pueden obtener y practicar las pruebas (ver arts. 7 a 23 RBI bis)⁷⁰. Naturalmente, ya empieza a haber algún que otro pronunciamiento⁷¹ del TJUE sobre competencia internacional en ejercicio de acciones para la reparación de los daños y perjuicios derivados de una infracción anticompetitiva, que no ha pasado desapercibido para la doctrina⁷², en referencia precisamente al *cártel de los camiones*.

46. Esta cuestión, que entra de lleno en el ámbito del Derecho Internacional Privado, reviste un cierto grado de complejidad, y su análisis excede con creces el objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos aquí a dejarla apuntada, y nos remitimos para su estudio a recientes publicaciones⁷³ que la abordan con exhaustividad y rigor. Nos centraremos en este apartado en el ámbito del derecho interno, en el que la problemática de cuál sea la jurisdicción competente por razón de la materia para conocer de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust generó inicialmente un cierto debate, con soluciones jurisprudenciales diversas. Ya hemos señalado que a partir de la jurisprudencia *Courage* y *Manfredi* el principio fundamental es que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación de los perjuicios y daños que le haya irrogado un contrato o una conducta que pueda restringir o falsear el juego de la competencia⁷⁴. La determinación del órgano ante el que ha de interponerse la demanda surge de la aplicación de las normas y criterios de jurisdicción y competencia. La elección del tribunal competente al que debemos dirigirnos es una decisión trascendental y que, puede condicionar el desarrollo del procedimiento.

47. Al tratarse de acciones de resarcimiento patrimonial derivadas de una responsabilidad extracontractual (ex artículo 1902 CC), en principio la competencia objetiva correspondería a los Juzgados

⁶⁸ Así, como han destacado ya algunos autores, el proceso tendrá carácter internacional cuando “no coincida el domicilio o residencia de las partes; la divergencia entre el Estado en el que se produce la conducta restrictiva que origina la acción de indemnización y el Estado en el que se perciben o producen sus efectos; o incluso la internacionalización de un supuesto por acción de la autonomía de las partes, derivada de una elección del tribunal competente o de normativa aplicable”; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial”, en A. FONT I RIBAS y B. VILÁ COSTA (Dir.) *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.100.

⁶⁹ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 1–32).

⁷⁰ Es cierto que ante la existencia de una multitud de reglas de atribución de competencia, las partes pueden buscar en países del *Common Law* un foro más favorable a la obtención de información para acreditar y cuantificar los daños producidos, lo que se conoce como *forum shopping*. En este sentido, afirma el prof. F. GASCÓN INCHAUSTI, “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pág.6: “Se abre la puerta con ello a un *forum shopping* que no es fácil evitar y que puede, de hecho, dar lugar a situaciones delicadas, como la que le fue suscitada recientemente al TJUE en el asunto CDC Hydrogen Peroxide en que la demanda se interpuso ante tribunales alemanes por estar domiciliada en ese Estado uno de las varias empresas cartelizadas demandadas, aunque con posterioridad, una vez producida la *perpetuatio iurisdictionis*, la actora renunció a su acción frente a esa entidad (pero dejando sujetas a las demás a la jurisdicción de los tribunales alemanes)”.

⁷¹ STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, *Lithuanian Airlines*.

⁷² E. PASTOR MARTÍNEZ, “Nada ha cambiado para el cártel de camiones. La competencia internacional en las acciones de daños”, *La Ley Mercantil*, n.º 51, Octubre 2018, págs. 3 y ss.

⁷³ A.-L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 127 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, N.º 2, pp. 7-178.

⁷⁴ *Vid.* también la STJUE de 30 de enero de 1974, BRT 1, 127/73, Rec. 1974, p. 00035, apartado 16; STJUE de 18 de marzo de 1997, *Guérin Automobiles/Comisión*, C-282/95 P, Rec. 1997, p. I-01503, apartado 39.

de 1ª instancia del domicilio del demandado. Así se ha seguido en las pioneras reclamaciones entabladas –antes de la aprobación de la Directiva 2014/104/CE y por supuesto del RD Ley 9/2017- en el conocido caso del *cártel del azúcar*. El origen de este asunto se remonta a la Resolución *AZUCARERAS*⁷⁵, que declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.a) LDC y el artículo 85.1.a) TUE, por parte de una serie de empresas azucareras, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. El entonces TDC impuso diversas sanciones a las empresas condenadas, y en particular a la mercantil *Acor* una multa de 151 millones de pesetas.

48. El recurso de apelación presentado por la empresa en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional fue desestimado⁷⁶ por sentencia de 4 de julio de 2002, e igualmente⁷⁷ el de casación ante el Tribunal Supremo, por sentencia de 26 de abril de 2005. Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa (recordemos que bajo la LDC 1989 era requisito necesario para entablar una acción de daños), se presentó la correspondiente acción resarcitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid contra dicha empresa, que tenía allí su domicilio social. El fallo⁷⁸ fue favorable a las demandantes, y la empresa fue condenada a pagar a las empresas perjudicadas unas cantidades por un importe total de más de un millón de euros. Esta Sentencia se recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó⁷⁹ el recurso de ACOR.

49. Paralelamente, el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid dictó una sentencia⁸⁰ en la que se resuelve una demanda de estas mismas compañías (y algunas otras) contra la azucarera EBRO PULEVA consistente en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a dichas empresas por el mismo cartel. El pronunciamiento de 1ª instancia es favorable a los demandantes, y condena a la azucarera al pago de unas cuantiosas indemnizaciones por los daños causados. Curiosamente, el recurso de apelación es admitido, y en sentido contrario a lo expuesto en el pronunciamiento de la AP de Valladolid; la AP de Madrid sí considera⁸¹ que ha habido “passing-on”, con lo que niega el pretendido resarcimiento patrimonial a las empresas que se lo reclamaban a la azucarera EBRO PULEVA (actualmente *Ebro Foods, S.A.*).

50. Los correspondientes recursos de casación planteados ante el TS se resolvieron el 8 de junio de 2012 para la empresa ACOR⁸² y el 7 de noviembre de 2013 para EBRO FOODS⁸³, zanjando así la discusión sobre la repercusión de los sobre costes. El TS afirma en ambos pronunciamientos que no debe sostenerse una concepción limitativa del *passing-on*, que se ciña a la simple repercusión del sobreprecio, sino que considera que para que la excepción de *passing-on*⁸⁴ triunfe debería no existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización. Así mismo, para que haya lugar al resarcimiento patrimonial es preciso demostrar que las empresas afectadas por el cartel no repercutieron el sobreprecio a su propia clientela⁸⁵.

51. A lo largo de la tramitación del texto legal que iba a trasponer la Directiva de Daños a nuestro derecho interno flotaba la duda sobre cuál sería la jurisdicción competente para conocer de este tipo

⁷⁵ Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98, *Azucareras*.

⁷⁶ Sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 4 de julio de 2002.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 26 de abril de 2005.

⁷⁸ Sentencia del JPI nº 11 de Valladolid, de 20 de febrero de 2009, Proc. Ord. 571/2007.

⁷⁹ Sentencia de la AP Valladolid (Sección 3ª), de 9 de octubre de 2009, rec. núm. 214/2009.

⁸⁰ Sentencia del JPI nº 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

⁸¹ Sentencia de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

⁸² Sentencia del TS de 8 de junio de 2012, Rec. 2163/12 (RJ 5462/2012).

⁸³ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013, Rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).

⁸⁴ C. TUDOR, “La admisión de la defensa *passing-on* en el *cártel del azúcar*: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 8, Asunto 737/07”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Editorial LA LEY, nº 11, Madrid 2012, págs. 277 a 291.

⁸⁵ Este aspecto está ampliamente desarrollado también en F. MARCOS, “Compensación de daños provocados por el *cártel del azúcar*”, en *Anuario de la Competencia 2014*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2015, págs. 186 y ss.

de reclamaciones, ya que parecía aconsejable atribuírsela a los Juzgados de lo Mercantil, a quienes el artículo 86 ter.2.f) de la L.O. del Poder Judicial atribuye competencia objetiva para conocer de acciones declarativas de infracción de los artículos 1, 2 y 3 LDC. Algunos autores⁸⁶ han recordado lo que apuntábamos en la introducción a este epígrafe, de que en principio la competencia objetiva para conocer de este tipo de acciones corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. Sin embargo, también se ha señalado⁸⁷, por ejemplo respecto de las acciones de *follow-on*, que es evidente la conveniencia de acumular las acciones ante el Juzgado Mercantil.

52. Tras un amplio debate doctrinal, la Audiencia Provincial de Madrid parece haber zanjado esta discusión: acogiendo el razonamiento⁸⁸ del órgano de primera instancia, establece en su Auto⁸⁹ de 22 de junio de 2017 que, con carácter general, serán estos Juzgados de lo Mercantil los que asuman la competencia objetiva por razón de la materia en aquellos pleitos civiles que versen sobre la aplicación del Derecho de la competencia tanto de la UE (Tratado de Funcionamiento) como español (LDC). En el Auto recurrido, el razonamiento⁹⁰ del órgano de primera instancia, señalaba que:

“(...) el artículo 48.1 LEC, declara que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta por el tribunal que esté conociendo del asunto. A su vez, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, enumera exhaustivamente las cuestiones atribuidas al conocimiento de los Juzgados Mercantiles. Las pretensiones ejercitadas en la presente demanda son, indudablemente, de naturaleza civil, pero no son subsumibles en ninguno de los supuestos que el precepto citado atribuye a los Juzgados de 1ª Instancia, por lo que su conocimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil que territorialmente resulte competente, como órgano jurisdiccional civil de carácter general, según el artículo 45 de la propia LEC. Por lo expuesto, procede declarar la falta de competencia objetiva de este Juzgado, señalando, como dice el apartado 4 del artículo 48 citado, los Juzgados competentes (...), todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho primero de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva del mismo”.

53. La Audiencia Provincial acoge esta tesis (Fundamento Jurídico 2º), y concluye que serán los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos:

“Como se ha reseñado, considera la apelante que se está planteando una acción de responsabilidad civil extracontractual por daños, con fundamento en el artículo 1.902 del CC; sin embargo, (...) daños y perjuicios que en todo caso serán siempre consecuencia de la infracción del citado artículo 3 de la ley especializada [Defensa de la Competencia], lo que corresponde enjuiciar al Juzgado especializado mercantil, por los fundamentos expuestos”.

54. Así se venía haciendo ya en la práctica previa a la Directiva 104/2014/CE en algunos de nuestros tribunales, como por ejemplo ocurrió en el ya citado caso⁹¹ *Céntrica/Iberdrola*, y así ha sido igualmente en el caso que veremos seguidamente de la acción de daños ejercida por MUSAAT frente al cártel del seguro decenal. Otros pronunciamientos, como el Auto⁹² de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2017, confirman esta postura. El auto que es objeto de recurso estima parcial-

⁸⁶ M. V. TORRE SUSAETA, “Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado”, *La Ley Mercantil*, nº 21, enero 2016.

⁸⁷ P. VIDAL; A. CAPILLA y C. GUAL, “El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 47(2017), págs. 39-53.

⁸⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid, de 24 de mayo de 2016 (RJ 239/16).

⁸⁹ Auto de la AP de Madrid (Sección 8ª), de 22 de junio de 2017, RJ AAP M 2421/2017 (ECLI: ES:APM:2017/2421A)

⁹⁰ Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Madrid, de 24 de mayo de 2016 (RJ 239/16).

⁹¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 16 de julio de 2010, RJ 138/2010 (ECLI:ES:JMBI:2010:138), que – mucho tiempo antes de que existiera si quiera la propuesta de Directiva de Daños- marca la pauta en lo relativo a la prescripción de las acciones de reclamación y el cómputo del plazo a los efectos del *dies a quo*.

⁹² Auto núm. 305/2017, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APM:2017:5569A).

mente una declinatoria formulada por un Juzgado de 1ª Instancia, por falta de competencia objetiva para conocer de una reclamación de daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva, al corresponder el conocimiento de dicha reclamación a los Juzgados de lo Mercantil. El problema está claro, tal lo expresa⁹³ en su Fundamento Jurídico 3º, y se ha planteado aquí.

55. Haciendo gala de una notable precisión jurídica y conocimiento del *estatus questionis* en esta materia, el Auto recoge toda la jurisprudencia que se ha venido citando en este trabajo (de hecho transcribe los mismos párrafos que hemos recogido aquí, de la STC 109/2009; dos páginas enteras de la STS de 7 de noviembre de 2013 –el caso del *cártel del azúcar*–; el caso *MUSAAT*, etc), dejando claro que en la fecha de autos no estaba todavía traspuesta en nuestro ordenamiento la Directiva 2014/104/UE, ya que todavía no se había aprobado el RD-Ley 9/2017, de 26 de mayo. Y concluye⁹⁴ (en el mismo Fundamento Jurídico 3º, *in fine*) sin ningún género de dudas:

“(…) entendemos que la acción declarativa que se ejercita en el apartado primero del suplico de la demanda, se incardina dentro del artículo 86 ter 2.f) LOPJ, por lo que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, sin que pueda determinar la competencia [de los Juzgados de Primera Instancia] la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios por culpa extracontractual”.

III. La valoración económica de los daños

56. Desde la perspectiva del *public enforcement* las cuestiones relativas a la prueba de la conducta anticompetitiva, la evidencia necesaria para acreditar la práctica anticompetitiva en un expediente sancionador, y por supuesto el alcance de la revisión judicial, son aspectos de la máxima trascendencia en la aplicación de un Derecho de la Competencia que pretenda ser efectivo, y han sido objeto de estudio en fechas recientes por destacados expertos en la materia⁹⁵. Pero es que desde la perspectiva del *private enforcement* la cuestión relativa a la valoración del daño sufrido por el perjudicado por una conducta anticompetitiva, y el alcance que a estos efectos tienen los informes económicos elaborados por los peritos, y que necesariamente han de acompañar la acción de resarcimiento patrimonial, es indudablemente la gran protagonista de la construcción jurisprudencial de este peculiar sistema de daños derivados de ilícitos antitrust. Ya hemos tenido oportunidad de abordar este análisis en anteriores publicaciones⁹⁶; nuestro objetivo ahora es extraer conclusiones al hilo de la “saga” de pronunciamientos dictados por los Jueces de lo Mercantil en estos últimos meses.

57. Como en cualquier ilícito civil, sólo cuando puede establecerse la existencia de un vínculo causal entre el daño reclamado y la actuación que lo ha provocado puede otorgarse la correspondiente indemnización. En el ámbito de las acciones de daños derivados de ilícitos antitrust, esta relación de causalidad ha sido objeto ya de análisis en recientes publicaciones⁹⁷. Lo que se concluye, fruto del examen del actual momento en que se encuentra la jurisprudencia, es que la posición que siguen nuestros tribunales respecto a la atribución de responsabilidad es la “doctrina de la imputación objetiva” (pág. 59), a la vez que se reconoce la dificultad de analizar este elemento causal en el ámbito de estos peculiares ilícitos (pág. 61).

⁹³ “De conformidad a los antecedentes enunciados en el anterior fundamento, la cuestión estriba en determinar si la competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, a los efectos del artículo 86 ter 2. f) LOPJ, o a los Juzgados de Primera Instancia a los efectos del artículo 85 de la misma Ley”.

⁹⁴ En igual sentido que el Auto de la AP de Madrid, núm. 236/17, de 22 de junio (ECLI:ES:APM:2017:2421A).

⁹⁵ F. CASTILLO DE LA TORRE y E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*, Ed. Elgar Competition Law & Practice, Londres (2017).

⁹⁶ F. DÍEZ ESTELLA, “Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios”, *Anuario de la Competencia 2017*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO, Madrid 2018, págs. 215 a 248.

⁹⁷ A. GALGO PECO, “La relación de causalidad en las acciones de daños de reclamación de daños por infracción de normas de competencia”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 59 y ss.

58. En efecto, ya desde hace tiempo se han señalado⁹⁸ una serie de circunstancias que dificultan la acreditación del nexo causal, propias de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos: factores concurrentes a la práctica anticompetitiva; dificultad de cuantificar el concreto perjuicio económico sufrido por la víctima; el ejercicio de la defensa “passing-on”; la distribución del daño a lo largo de la cadena de distribución, etc.

59. Por todos estos motivos, y dado que el objetivo perseguido es facilitar el ejercicio de daños, no sorprende que “la Directiva contiene diversas normas que contribuyen a atenuar la carga relativa a la acreditación del nexo causal que pesa sobre quien demanda por daños”⁹⁹. Basta considerar, por ejemplo, la presunción del daño (art. 17.2), el régimen del “passing-on” cuando la reclamación la realiza un consumidor indirecto (art. 14.2), o la facultad conferida al juez de estimación del daño si ésta es muy complicada para el demandante (art. 17.1). Veamos a continuación cómo se ha llevado esta labor en las primeras Sentencias que se han dictado en nuestro país, al hilo de las reclamaciones de daños derivadas del *cártel de los sobres de papel*.

1. Consideraciones previas: el *cártel del azúcar* y la STS de 7 de noviembre de 2013

60. Es evidente que en materia de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust, como en cualquier otra acción de resarcimiento patrimonial, la demanda ha de cuantificar y justificar inequívocamente la cuantía del quebranto económico sufrido por el perjudicado. A este respecto, es importante distinguir¹⁰⁰ entre la carga de la prueba de la existencia del daño de la relativa a la cuantificación del mismo.

61. No puede desconocerse ni obviarse la trascendencia de este análisis, y no sorprende por ello que, junto con todo el “paquete” de textos legales sobre acciones de daños derivados de ilícitos antitrust, la Comisión Europea haya publicado una serie de estudios para que jueces y letrados dispongan de una guía completa sobre los métodos y herramientas empleados en el análisis económico para estimar los daños y podrán comprender mejor las pruebas e informes periciales aportados por las partes. Se trata de la ya citada *Guía para la cuantificación de daños derivados de infracciones de los artículos 101 y 102*, publicada en 2013, y la “actualización” publicada en 2016, *Guía sobre el passing-on de los sobrecostes*¹⁰¹.

62. Como ejemplo preclaro de la dificultad de realizar esta labor, es llamativo el resultado al que se llega en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Madrid¹⁰² en la que se resuelve una demanda de varias empresas contra la empresa EBRO PULEVA, consistente en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a dichas empresas por daños derivados del conocido caso del *cártel del azúcar*, sancionado en 1999 por el entonces TDC.

63. Tras relatar a lo largo del Fundamento Jurídico las discrepancias¹⁰³ de valoración y estimación de cantidades entre los peritos de la demandada y las demandantes, y en cierta forma reconocer que

⁹⁸ I. ORTIZ BAQUERO, “La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia”, Ed. *La Ley*, 2011, págs. 177 y ss.

⁹⁹ A. GALGO PECO, *Op.cit.*, pág. 70.

¹⁰⁰ Un detallado análisis de esta cuestión se puede encontrar en E. SANJUAN Y MUÑOZ, “The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)”, (June 24, 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779>

¹⁰¹ Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf> (última consulta el 2 de diciembre de 2018).

¹⁰² Sentencia del JPI nº 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.

¹⁰³ En este sentido, es de lo más elocuente el siguiente párrafo del Fundamento Jurídico 3º: “Si bien, y aún partiendo de la aplicación a las actoras de los precios derivados de la concertación referida, a tenor de las Resoluciones judiciales dictadas al respecto, lo cierto es que en la valoración del daño ocasionado no puede concluirse en que la efectuada por el perito D. Fernando Jiménez Latorre, a instancia de la actora, sea la adecuada, ya que ha sido controvertida por las peritos Dª Nadine Watson y Dª Soledad Pereiras Rodríguez, intervinientes a instancias de la demandada y se requerirían conocimientos técnicos, a la vista del discrepante criterio pericial para determinar si existiendo la relación de causalidad, la valoración efectuada es o no correcta, conforme a los elementos a los que atiende para llegar a sus conclusiones, carga de la prueba que incumbe a la actora conforme al artículo 217 de la L.E.C.”

las diferencias en los criterios periciales escapa a su comprensión, el juez opta por una solución salomónica en toda regla: estimar la demanda, pero parcialmente, reduciendo en un 50% la valoración del daño realizada por la parte demandante, y condenando a pagar a la empresa EBRO PULEVA exactamente la mitad de las cantidades que las demandantes le reclamaban en concepto de indemnización por daños y perjuicios, derivada de su participación en el *cartel del azúcar*.

64. Se entiende fácilmente que esto no es el modo correcto de resolver la cuestión, y por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 -una vez se dictó Sentencia por parte de la Audiencia Provincial, que fue recurrida en casación-, le dedica duros reproches, a la vez que aborda de lleno el problema. Precisamente por haberse dictado este pronunciamiento con anterioridad a la Directiva 2014/104/UE y la transposición a nuestro derecho que hizo el RD Ley 9/2017, las pautas que marca para los informes periciales en este tipo de procedimientos son la jurisprudencia aplicable a las reclamaciones de daños que en estos momentos se están ventilando ante los Juzgados Mercantiles, y por ello no puede obviarse su trascendencia.

65. El Tribunal Supremo indica (Fto. Jco. 7.2) que el informe pericial debe partir:

“de bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utilizar un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia (...)”.

66. Así mismo, nuestro alto tribunal reconoce que en un informe económico de ese tipo es imposible *“realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar”* (Fto. Jco. 7.3). Por ello recuerda que la valoración de *“esta situación hipotética contrafáctica”* (lo que se conoce en inglés como escenario *but-for*) es lo que la entonces propuesta de Directiva propugnaba, y naturalmente el texto final y su transposición a derecho español han recogido.

67. Para el Tribunal Supremo, esta dificultad *“no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio”* (Fto. Jco. 7.3). En definitiva –y este dictum va a constituir la referencia clave en cualquier sentencia que ventile reclamaciones de daños y tenga que valorar la cuantificación y valoración del daño que las partes le presenten- lo que el Tribunal Supremo exige al informe pericial que aporte la parte demandante perjudicada por el cártel es que *“formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”* (Fto. Jco. 7.3).

2. El precedente en el caso *MUSAAT*

68. En un caso que se analizará en detalla en el epígrafe siguiente, el del *cártel del seguro decenal*, se ejerció una acción de resarcimiento patrimonial por una empresa que no era cliente de las empresas que integraban el acuerdo colusorio, sino competidora, y sin embargo se vio perjudicada al ser excluida del mercado por actos de retorsión y boicot.

69. Por lo que respecta a los daños indemnizables, *MUSAAT* reclamó indemnización tanto en concepto de lucro cesante como de daño emergente; considera que, como consecuencia del boicot llevado a cabo por las demandadas, sufrió graves perjuicios económicos *“al incidir directamente en que sus ventas no alcanzaran los niveles que hubieran tenido de no haberse producido estos actos anticompetitivos”*, y solicitó, asimismo, el coste real que le supuso la firma del contrato cuota-parte en el año 2007, como consecuencia del citado boicot.

70. La sentencia de 1ª instancia razona que no constan acreditados los extremos en los que MUSAAT basa su reclamación por **lucro cesante** y desestima tal petición. Así, expone:

“lo cierto es que no se ha acreditado que un número significativo de clientes contratara otros productos debido precisamente a las conductas que se reprochan a las demandadas. De hecho, ni siquiera se acredita que un número significativo solicitase información o acreditación sobre la solvencia o situación económica de MUSAAT, como indicio de la afirmación que realiza la actora sobre la pérdida de parte de esta oportunidad de negocio” (Fto. Jco. 13º).

71. En relación al **daño emergente**, la sentencia de 2014 concluye que:

“inicialmente HANNOVER estaba dispuesta a ofertar un reaseguro XL. Sin embargo, MUSAAT finalmente hubo de contratar reaseguro XL y reaseguro proporcional cuota parte del 15% que cubre la prioridad –los primeros 500.000 pero donde MUSAAT paga el 15% de todas las primas, con la reaseguradora, lo que obviamente no le ha resultado “gratis” a MUSAAT, con lo que los cálculos que cuantifican el daño emergente en “0” euros o por un importe anecdótico, son directamente descartables por contrarios a la lógica empresarial y económica” (Fto. Jco. 13º).

72. La juez acepta, con algunas correcciones, los cálculos obrantes en el informe pericial elaborado por MARKETINGROUP y aportado por MUSAAT. Como es sabido, el artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de presentar informes periciales en un procedimiento cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

73. Finalmente, la Sentencia reprocha (en el mismo Fto. Jco. 13º) que los informes aportados en este procedimiento se extralimitan:

“basta recordar que no es objeto de la pericia el acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Sin embargo, ésta ha de abarcar la realidad o no de los daños reclamados y su valoración, acudiendo cuando ello sea posible a elementos objetivos (...) para valorar las esperanzas, expectativas, previsiones y perspectivas económicas y de mercado futuras”.

74. Resolviendo en apelación, señala el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, en su Fundamento de Derecho 4º, que al haber sido rechazada por la sentencia del Juez Mercantil la pretensión indemnizatoria por razón de *lucro cesante*, MUSAAT consintió este pronunciamiento al no recurrirlo en apelación, de donde se deduce que el único concepto controvertido que hay que resolver en segunda instancia es el del *daño emergente*, concepto por el que dicha sentencia impuso a las demandadas y hoy apelantes una condena a resarcir solidariamente a la actora en la suma de €3.550.615,7.

75. No nos parece oportuno aquí reproducir la argumentación que la AP desarrolla en los Fundamentos de Derecho 4º y 5º de su pronunciamiento, ya que es de carácter marcadamente técnico y económico, y versa sobre cálculos actuariales, tasas de siniestralidad, informes periciales, etc. Baste señalar que el fallo estima parcialmente el recurso de las tres aseguradoras, rebajando la cuantía de la indemnización hasta la suma de €2.928.848,8; como puede verse, una diferencia de algo más de €600.000, que es ciertamente una cantidad considerable, pero ni mucho menos puede considerarse un triunfo para las recurrentes, sino más bien la confirmación de la pretensión de la demandante inicial, y luego apelada.

76. Sí parece oportuno señalar que esta tónica de conceder el daño emergente y no conceder el lucro cesante es ya tradicional en nuestra jurisprudencia, y podemos encontrar precedentes en un momento muy anterior a la Directiva 2014/104, cuando las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos eran todavía una "asignatura pendiente"¹⁰⁴ en el panorama de nuestro enforcement

¹⁰⁴ Vid. algunas referencias a las escasísimas acciones de daños ejercidas en la década de los 90 y 2000 en F. DÍEZ ESTELLA,

antitrust. En efecto, en el ya clásico asunto *Telefónica / Conduit*, en primera instancia se admitió¹⁰⁵ el *daño emergente* (y se confirmó en apelación), mientras que se rechazó¹⁰⁶ la solicitud de indemnización del *lucro cesante* derivado de una infracción de la normativa de competencia por no estar debidamente acreditada. Finalmente, y no deja de tener su ironía, esta diferenciación entre el daño emergente y el lucro cesante, que hace el nuevo artículo 78.1 LDC, ha sido calificada por destacados juristas -llamados a aplicarla en última instancia judicial- como “un tanto artificial”¹⁰⁷.

3. Lo que está por venir: el *cártel de los camiones*

77. Tras una extensa investigación, las oportunas inspecciones domiciliarias, y la incoación de un expediente sancionador, la Comisión Europea concluyó que los fabricantes MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes de cumplimiento con la normativa de emisiones. Así mismo, y según consta en la Decisión, el *cártel* se extendía a las fechas en las que introducían ciertas tecnologías, y la coordinación de precios mayoristas, en la venta de camiones medios (entre 6 y 16 toneladas) y grandes (más de 16 toneladas).

78. Así, el 19 de julio de 2016 (Asunto AT.398249 – *Camiones*) la Comisión impuso¹⁰⁸ a dichas empresas una astronómica sanción, de 2.926 millones de euros, por participar en un *cártel* que afectó, durante 14 años (desde 1997 hasta 2011), a prácticamente toda la zona euro. El 27 de septiembre de 2017 “completó” la sanción al *cártel* de los camiones con una multa de 880 millones de euros a SCANIA, que no se había acogido al régimen transaccional como el resto de las empresas en el expediente sancionador, y por tanto siguió un procedimiento distinto.

79. Las tres conductas infractoras fueron, pues: 1) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearse; 2) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO₂ exigida por las normas EURO3 a EURO6; 3) acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías. Como en otros casos que hemos examinado en estas páginas, no vamos a poner el foco del análisis en la conducta infractora, sino en las acciones de daños y perjuicios que se derivan de ella, y en este ejemplo concreto, en lo problemático que resulta la cuantificación de los daños.

80. Precisamente en una de las primeras Sentencias que se han dictado en Europa sobre estas reclamaciones, la del Tribunal Regional de Hannover de 18 de diciembre de 2017, se aclara el alcance del principio de presunción de la existencia de daños causados por un *cártel*, que como es sabido se introduce en la Directiva 2014/104/UE y en nuestro país se ha incorporado en la normativa de trasposición.

81. En efecto, como ya ha puesto de manifiesto¹⁰⁹ el prof. MARCOS, la información existente sobre este *cártel* (la que se contiene en la Decisión de la CE desde luego es muy escueta) no va a permitir, de modo sencillo, una cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. A esta dificultad se añade que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir con los *cárteles* duros), sino en otros aspectos de su comportamiento, que si bien es innegable que falsean la libre competencia (intercambio de información, alineamiento

“Capítulo 14, El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente”, en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid (2011), págs. 215-228.

¹⁰⁵ SJMerc. nº 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70).

¹⁰⁶ SAP de Madrid (Secc. 28), de 25 de mayo de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:6773).

¹⁰⁷ R. SARAZÁ JIMENA, “El passing-on antes...” *op.cit.*, pág. 20.

¹⁰⁸ Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

¹⁰⁹ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cálculo de los daños causados por el *cártel* de los fabricantes de camiones”, 11 de julio de 2018, en el blog *Almacén de Derecho*, disponible en: <http://almacendederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 11 de agosto de 2018).

de conductas, coordinación de actuaciones, entendimiento sobre precios brutos, etc.), es complicado calcular con exactitud en qué medida se produjo el daño para los adquirentes de los camiones, fueran concesionarios o clientes finales. En fechas recientes hemos conocido la primera Sentencia¹¹⁰ en que un Juez de lo Mercantil en España resuelve una reclamación de daños derivados de este cártel, en concreto contra la empresa VOLVO Group España, S.A., en sentido estimatorio, y por importe de €128.756,78.

4. El cártel de los sobres de papel

82. Las conductas anticompetitivas que dieron lugar a las reclamaciones de daños que vamos a analizar en este apartado se encuentran recogidas en la Resolución¹¹¹ de la CNC de 25 de marzo de 2013, en la que nuestra autoridad de competencia impuso sanciones por valor de más de 44 millones de euros a una serie de empresas¹¹² por formar y mantener un cártel en el sector de sobres de papel durante más de 30 años. El Consejo de la CNC considera acreditado que las empresas incoadas participaron en un cártel para repartirse el mercado español de sobres de papel entre los años 1977 y 2010. Los acuerdos se refirieron en particular a:

- (i) la fijación de precios y reparto del mercado de sobres para los procesos electorales convocados entre 1977 y 2010;
- (ii) el reparto del mercado de sobres pre-impresos;
- (iii) la fijación de los precios y reparto de los clientes de sobre blanco entre 1994 a 2010; y
- (iv) la limitación del desarrollo técnico en el mercado del sobre de papel a través de la constitución de una sociedad en la que se compartirían las innovaciones tecnológicas generadas entre las empresas participantes.

83. Como hemos señalado en un apartado anterior, al hablar de la problemática coordinación entre las acciones de daños y el programa de clemencia, la Resolución exime del pago de la multa al grupo Adveo Group International, S.A. y a su filial Unipapel Transformación y Distribución, S.A., al haber presentado una solicitud de exención del pago de la multa que permitió ordenar a la CNC las inspecciones realizadas el 19 de octubre de 2010. Además, por haber aportado posteriormente información con valor añadido significativo, se aplica a Antalis Envelopes Manufacturing S.L. una reducción del 40% sobre el importe de su multa y a las filiales del GRUPO TOMPLA una reducción del 30%.

84. Así mismo es de destacar que un mes antes de que recayera esta resolución, la empresa Unipapel Transformación y Distribución, S.A. había sido sancionada por haber participado en un cártel en el sector del manipulado de papel y, de manera análoga, había quedado eximida de la sanción por haber participado igualmente en el programa de clemencia.

5. Los informes periciales de cuantificación del daño

85. Pese a no ser ésta una cuestión estrictamente jurídica, es sin embargo la que posiblemente más importancia tenga de cara al éxito de la acción de daños y perjuicios, habida cuenta –sobre todo en las reclamaciones *follow-on*- que el ilícito anticompetitivo no hace falta demostrarlo. Hemos señalado ya cómo en la reclamación de daños contra el *cártel del seguro decenal* la Juez Mercantil acepta –con algunas matizaciones- el informe pericial aportado por los demandantes. En el caso del *cártel de los sobres de papel* las reclamaciones han corrido suerte dispar, en su mayoría han sido estimadas, pero en algún caso el juez no ha considerado acreditado el daño, y ello ha provocado la desestimación de la demanda.

¹¹⁰ SJMerc nº 1 de Murcia, núm. 288/2018, de 15 de octubre de 2018.

¹¹¹ Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, Exp. S/0316/10 *Sobres de papel*.

¹¹² Andaluza de Papel, S.A., Antalis Envelopes Manufacturing, S.L., Argansobre, S.A., Emilio Domenech Mirabet, S.A., Envel Europa, S.A., Grupo Tompla Sobre Exprés, S.L., Hispapel, S.A., Maespa Manipulados, S.L., Pacsa, Papelera del Carrion, S.L., Maespa Manipulados, S.L., Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación de Papel (SAM), Manipulados Plana, S.A., Sobre Industrial, S.L., Sobres Izalbe, S.A., y Unipapel Transformación y Distribución, S.A.

86. Ofrecemos a continuación un cuadro resumen de las siete Sentencias que se han dictado a día de hoy:

Demandante	Juzgado Mercantil	Fallo	Fecha y nº de la sentencia	Cita (ECLI)	Importe daños: solicitado /concedido % éxito
Cortefiel	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	06/06/2018 (153/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:228	€657.897/€477.435 72,56%
Misiones Salesianas	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	04/09/2018 (220/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2725	€2.670.590/€2.043.560 76,52%
CIFDSA	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	05/09/2018 (222/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2726	€2.670.590/€1.273.533 47,68%
Mutua Madrileña	Nº 3 de Barcelona	Estimatorio	10/09/2018 (225/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2727	€223.198/€168.078 75,30%
Bankoa	Nº 7 de Barcelona	Estimatorio	06/06/2018 (119/2018)	ECLI:ES:JMB:2018:2166	€154.270/€154.270 100%
Cámara de Madrid	Nº 3 de Madrid	Desestimatorio	10/05/2018 (92/2018)	ECLI:ES:JMM:2018:162	€140.309/ €0
Obras Misionales Pontificias	Nº 11 de Madrid	Desestimatorio	08/06/2018 (n/d)	ECLI:ES:JMM:2018:1232	€561.893/ €0

87. Como ya se ha señalado¹¹³ oportunamente, no deja de ser llamativo el resultado tan dispar (habida cuenta de que en todos los casos resueltos el cártel es el mismo, las empresas demandadas son las mismas, y el informe económico lo elaboró el mismo experto) según cuál sea el foro ante el que se presenta la reclamación: con los pronunciamientos disponibles a día de hoy Madrid es claramente *pro-defendant*, mientras que Barcelona lo es *pro-claimant*. En una primera aproximación, que vamos a desarrollar seguidamente, los Juzgados Mercantiles de Madrid parecen estar desmarcándose de la jurisprudencia del TS en la Sentencia del cártel del azúcar, mientras que en los de Barcelona se sigue al pie de la letra: no es suficiente argumentar -como hicieron los demandados- que el informe del demandante es incorrecto, hay que demostrar con bases sólidas y demostradas que la conducta anticompetitiva no provocó el daño reclamado.

88. Nos encontramos en primer lugar con la Sentencia¹¹⁴ del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 10 de mayo de 2018, que se pronuncia sobre la demanda de responsabilidad civil derivada de una infracción del Derecho de la competencia ejercida por la **Cámara de Comercio de Madrid** contra tres de las empresas integrantes del cártel (Adveo, Tompla y Envel). Además de otras relevantes consideraciones –pero que no procede ahora contemplar– sobre aspectos varios de las acciones de daños antitrust, señala la Sentencia en su Fundamento Jurídico nº 5:

“La demanda identifica el daño emergente sufrido con la diferencia entre el precio del sobre de papel que la actora abonó a varias empresas cartelistas demandadas y el precio que hubiera debida abonar si el importe se hubiera fijado por el mercado, y no como consecuencia de la conducta anticompetitiva”.

89. Para fijar el precio que hubiera abonado sin la concurrencia de cártel, el informe pericial lo que hace es estimar el precio que hubiera habido en el mercado afectado en ausencia de infracción, a partir de otros precios comparables del mismo mercado no afectados por la infracción, como son los

¹¹³ N. OTEGUI, “Spain – Recent developments in competition damages claims: What once was just a possibility, is now a reality”, *European Competition Law Review*, nº 40, Issue 1 (2019), pp. 41 – 43.

¹¹⁴ SJMerc nº 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (ECLI: ES:JMM:2018:162).

precios posteriores a 2010 y los precios de otras empresas no cartelistas. Sin embargo, ante la dificultad de hallar una referencia comparable a la demandante adecuada, el informe opta por utilizar a tal efecto los datos que recoge la resolución de la CNC relativos a procesos electorales y a grandes clientes.

90. Pero, continúa el Fundamento Jurídico nº 5 de la Sentencia (párrafo 2º):

“Dentro de los sobres afectados por el cartel, conforme a la resolución se podía distinguir tres tipos de sobres, y por tanto tres mercados distintos: sobres electorales, sobres pre-impresos corporativos y sobres blancos. La actora adquirió únicamente sobres pre-impresos de las empresas del cártel. Pero, a diferencia de la venta de sobres pre-impresos que utiliza el informe para fijar el sobreprecio, en que se hizo por subasta, en las compras de éstos sobres por la demandante no se siguió tal procedimiento.

Pues bien, el hecho de que las compras cuyos datos se han utilizado para fijar la referencia se realizasen a través de subasta impide que se puedan tener por equivalentes a las realizadas por la actora. El sobreprecio en aquel caso no tiene porqué ser similar al que hubiese podido sufrir la actora. Ésta adquirió directamente de las empresas partícipes en el cartel, de acuerdo con una relación contractual con las mismas, sin seguir ningún proceso público en el que participasen en concurrencia varias empresas suministradoras”.

91. Por ello, concluye que dicho método utilizado no es el más adecuado, y no es desde luego el óptimo para determinar el sobreprecio sufrido por la demandante. La consecuencia es sencillamente que al no haber probado el daño sufrido por la demandante procede desestimar la demanda, en aplicación del artículo 1.902 CC, regulador en derecho español de la responsabilidad patrimonial extracontractual.

92. Derivada de este mismo asunto, sin embargo, la Sentencia¹¹⁵ del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, dictada apenas un mes después, sí concede daños al demandante, la conocida empresa textil **Cortefiel**, por importe de €477.435, al entender que en este caso la estimación de la cuantía indemnizatoria sí estaba hecha sobre una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastados y no erróneos, tal como señala el ya consolidado *dictum* de la STS de 7 de noviembre de 2013, en el *cártel del azúcar*.

93. Somos de la opinión de que esta Sentencia (en concreto su Fundamento Jurídico tercero: *Valoración de dictámenes periciales*) constituye un más que destacado ejercicio de rigor y precisión, y aplicación de la norma jurídica en clave económica (no en vano el ponente invoca la doctrina de POSNER, tanto directamente como a través de la cita del blog del prof. ALFARO). Este Fundamento de Derecho, redactado además en un impecable estilo pedagógico, señala en su apartado 1º las pautas para la valoración de daños derivados de ilícitos concurrenciales, para a continuación explicar los motivos por los que se rechazan los dictámenes periciales aportados por los codemandados, y elaborados por sus respectivas consultoras económicas: Tompla, elaborado por *Forest Partners* (apdo. 2º); Envel, elaborado por *American* (apdo. 3º); Adveo, elaborado por *Compass Lexecon* (apdo. 4º).

94. Es, finalmente, en el apartado 6º (dentro de este Fto.Jco. 3º) en el que justifica la admisión del dictamen pericial de la actora, elaborado por la consultora *Alfa Completeness*. Así, señala en el párrafo (iii):

“En definitiva, de acuerdo con las particularidades de la prueba practicada en el caso, resuelvo aquí que el dictamen pericial ALFA determina “una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos” que permite determinar, con solvencia bastante, el alcance de los daños y perjuicios sufridos por la actora a resultas de la conducta cartelista de las codemandadas. Porque, en esos términos de valoración, el dictamen ALFA supone una auténtica y fiable reconstrucción del funcionamiento del cártel integrado por las demandadas y de sus consecuencias lesivas para todos sus clientes”.

¹¹⁵ SJMerc. nº 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:228).

95. En la misma fecha, en esta ocasión por el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, se dicta una Sentencia¹¹⁶ estimatoria de la demanda presentada (frente a los mismos demandados) por **Bankoa**, y se le conceden daños por un importe de €154.270. Es destacable la claridad con la que el ponente expresa, invocando expresamente la doctrina contenida en *Courage* y *Manfredi*, el alcance del principio de total indemnidad (*full compensation*) que rige este tipo de acciones:

“a la hora de determinar la indemnización que debe satisfacer el responsable de un hecho dañoso debe esta fijarse en umbrales que compensen suficientemente al lesionado, para reestablecerle en la situación patrimonial preexistente antes de que acaeciera el hecho dañoso o de manera que se conmute el daño que haya podido sufrir” (Fto. Jco. 5º, n. 9).

96. Y, curiosamente, pese a que expresamente señala (Fto. Jco. 5º, n. 11) que *“no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno un documento con significado legal, similar a la GUIA PRACTICA de cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios de los arts. 101 y 102 del TFUE que acompaña la comunicación de la Comisión de marzo de 2013”*, sin embargo, a la hora de aceptar el informe económico de la empresa que reclama los daños, argumenta (Fto. Jco. 8º, n. 38.4) que *“el método utilizado por el perito de la parte demandante no se puede reputar como erróneo, incorrecto o alejado de los métodos que recoge la Guía Práctica”*.

97. Las sucesivas sentencias que se han ido dictando -¡y las que vendrán!- al hilo de este *cártel de los sobres*, o cualesquiera otros de los que se deriven acciones resarcitorias, siguen esta línea de razonamiento, como puede apreciarse en otro pronunciamiento¹¹⁷, dictado dos días después de los anteriores, el 8 de junio de 2018, por el Juzgado Mercantil nº 11 de Madrid. En este asunto el demandante son las **Obras Misionales Pontificias de la Propagación de la Fe**, que reclaman a las mismas empresas (Printeos, Adveo y Envel) daños por importe de €561.893. Y, pese a que la consultora es la misma que en el caso que acabamos de reseñar, Alfa Completness, en opinión del Juez Mercantil el informe pericial aportado *“adolesce de una serie de deficiencias en cuanto a su metodología y conclusiones que impiden que pueda ser tenido en cuenta a tal efecto”* (Fundamento Jurídico 4º, apdo. 4.2.3), lo que lleva a desestimar en su integridad la acción de daños y perjuicios.

98. En este otro caso resuelto por el Juzgado Mercantil de Madrid, el reproche al informe pericial básicamente consiste en rechazar el análisis contra-fáctico ya que argumenta su valoración del daño sobre una de las tres conductas del *cártel*, la de fijación de precios, cuando la que los demandantes habían sufrido era otra, la del reparto de mercados, y -según el tribunal- en ese tipo de comportamiento anticompetitivo no hay fijación de precios más elevados que se apliquen luego a los clientes finales. En la medida en que el informe pericial de los demandantes no ofrece argumentos suficientes para acreditar este perjuicio económico sufrido, no se conceden daños.

99. Finalmente, encontramos en el pasado mes de septiembre, y en menos de una semana, tres Sentencias más, dictadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (a cargo del ponente Eduardo Pastor Martínez), que resuelven las reclamaciones de daños entabladas contra las tres mismas empresas integrantes del *cártel* de los sobres (Printeos, Adveo y Envel) por las **Misiones Salesianas**¹¹⁸ (4 de septiembre de 2018), **CIFDSA**¹¹⁹ (5 de septiembre de 2018) y la **Mutua Madrileña**¹²⁰ (10 de septiembre de 2018).

100. Las tres sentencias son prácticamente iguales, y en ellas, tras las oportunas consideraciones sobre elementos varios de las acciones de daños (naturaleza extracontractual, legitimación, prescripción,

¹¹⁶ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI: ES:JMB:2018:2166).

¹¹⁷ SJMerc. nº 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMM:2018:1232).

¹¹⁸ SJMerc. nº 3 de Barcelona, de 4 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2725).

¹¹⁹ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 5 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2726).

¹²⁰ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2727).

solidaridad impropia, etc.), se llega al Fundamento Jurídico 3º, en el que bajo la rúbrica “Valoración de dictámenes periciales”, señala el magistrado que:

“En este fundamento jurídico, que es el que determinará de forma más intensa el resultado de la instancia, voy a conceder mayor poder de convicción al dictamen pericial aportado a las actuaciones por la parte actora”.

101. Y, en efecto, tras una muy acertada aproximación dogmática y jurisprudencial a la valoración de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, apoyo en los principios contenidos en la Guía Práctica, y fundamentándose en la STS de 7 de noviembre de 2013, va rechazando uno por uno los dictámenes periciales aportados por las demandadas, y acepta en los tres casos el aportado por la parte actora.

102. Esta dialéctica entre informes periciales no es, ni mucho menos, nueva en nuestra jurisprudencia, aunque es evidente que las acciones de daños antitrust le han dado nuevo realce. Por ejemplo, a comienzos de esta década se declaró¹²¹ la conducta de *Sogecable y Audiovisual Sport (AVS)* de no adaptar, en la Temporada 2003/2004 y sucesivas, los mínimos garantizados de los contratos de emisión de partidos de fútbol suscritos en su día por los cable operadores como constitutiva de un abuso de posición dominante. El juez concluye que la cuantificación que hace el Informe pericial de la parte demandante es más convincente –por adecuado y por los parámetros utilizados– que el de la parte demandada¹²², con lo que es el que asume en la sentencia, y el que utilizar para conceder los daños solicitados.

103. De igual modo, en el conflicto *Antena 3 / LNFP*, en sede de apelación se anuló la Sentencia de primera instancia que concedía al reclamante de daños (la cadena de televisión) una indemnización de 25,5 millones de euros, que son considerados por la Audiencia Provincial como “sueños de ganancias”, y no responde –su valoración económica y cuantificación– a los parámetros que el TS ha precisado para estos supuestos. Señala el Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia¹²³ que: “*en el supuesto sometido a nuestra consideración, convenimos que las conclusiones del dictamen de Ernst & Young en que la demandante fundamenta su perjuicio económico, están basadas en un escenario teórico y subjetivo que no se ajusta a la realidad*”.

104. No es tampoco difícil encontrar en resoluciones judiciales de todo tipo de instancias acendrados reproches a la falta de claridad de los informes periciales. Así, se han llegado a calificar por un Juzgado de lo Mercantil como “ininteligibles”¹²⁴; y en multitud de Sentencias se critica por el juzgador su falta de claridad y rotundidad¹²⁵. Es muy interesante, a este respecto, la lectura de algunos trabajos de los propios jueces mercantiles¹²⁶, o magistrados de otras instancias judiciales¹²⁷, analizando la situación y la dificultad a la que se enfrentan en la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

¹²¹ SJMerc. nº 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010, núm. 64/2010.

¹²² Es muy ilustrativo, a este respecto, todo el Fundamento Jurídico 3º de esta sentencia, en el que bajo la rúbrica “El precio mínimo garantizado y el abuso de la posición de dominio”, su señoría va contraponiendo las virtudes y defectos respectivos de dichas pruebas periciales, denominadas en el texto del pronunciamiento como “Informe NERA” (que es el presentado por la parte demandante) y el “Informe LECG” (presentado por los demandados) en atención a su autoría.

¹²³ SAP de Madrid (Sec. 25bis), de 18 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2006:18).

¹²⁴ SJMerc nº 5 de Madrid de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70).

¹²⁵ SAP de Madrid (Sec. 28), de 22 de octubre de 2012 (ECLI:ES:APM:2012:20908); SAP de Barcelona (Sec. 19), de 18 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:14854); STSJ de Extremadura (Secc. 1 de lo Contencioso), de 15 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJEXT:2016:687).

¹²⁶ *Vid.*, por todos, el que lleva a cabo quien ha sido sin duda uno de los Jueces de lo Mercantil en España pionero en esta materia, sintetizando acertadamente la vinculación producida por las resoluciones administrativas: A. ARRIBAS HERNÁNDEZ, “¿Es eficaz la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España? El papel de los jueces de lo mercantil”, en G.A. BENACCHIO y M. CARPAGNANO (dirs), *Il Private Enforcement del Diritto Comunitario della Concorrenza. Ruolo e Competenze dei Giudici Nazionali*, Ed. Cedam, Milán (2012), pp. 181 – 191.

¹²⁷ J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Los juzgados de lo mercantil ante el Derecho Comunitario de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 2003*, Ed. Marcial Pons – Fundación ICO (2004), págs. 157 a 184.

105. Es pues, labor de los peritos, no sólo realizar un trabajo correcto en la cuantificación del daño, además presentarlo de forma comprensible para el juez. Y a esto se enfrentan los jueces que resuelven sobre acciones de daños derivados de ilícitos antitrust. Así lo resumía en fechas muy recientes -y con estas lapidarias palabras terminamos este apartado- precisamente el que ha sido ponente de las tres últimas Sentencias sobre el *cartel de los sobres* que acabamos de reseñar aquí:

“La creación de una doctrina judicial uniforme en el enjuiciamiento de estas acciones requerirá de mucha reflexión y discusión y, también, del acompañamiento de los estudios académicos. Los jueces mercantiles españoles debemos convertirnos en “jueces de competencia” y eso es algo que no puede improvisarse. Eso no hace que nuestra obligación de evolución profesional sea menos urgente: los dioses han cambiado y no debemos enfrentarnos a su nueva naturaleza”¹²⁸.

IV. El triunfo de las acciones “stand-alone”: el *cartel del seguro decenal*

106. En una de las Sentencias que se han reseñado en el apartado anterior, la que resuelve la reclamación de daños de la Mutua Madrileña¹²⁹ contra tres empresas integrantes del *cartel de los sobres de papel*, se da una particularidad que no concurre en el resto de los pronunciamientos de la saga: la Resolución de la CNC de la que trae causa todo el subsiguiente proceso de acciones resarcitorias no menciona en ningún momento a la empresa que reclama los daños¹³⁰. En el Fundamento Jurídico 2º, apdo. IV se resuelve esta alegación, formulada por una de las demandadas en su escrito de contestación a la demanda, señalándose que esa circunstancia no es relevante para desestimar la pretensión:

“Por la naturaleza y sentido de los expedientes sancionadores instruidos por la CNMC, que son los de constatar la existencia de infracciones anticompetitivas y sancionarlas administrativamente, pero no la de establecer una relación exhaustiva y excluyente de eventuales perjudicados privados (razón por la que coexisten, tras el pronunciamiento de resolución administrativa y sin perjuicio de su carácter vinculante, acciones stand alone y follow on)”.

107. Pues bien, precisamente de estas acciones *stand-alone* vamos a hablar en este último apartado. Pese a que no hay un consenso absoluto, la acepción más extendida¹³¹ en castellano para distinguir las es el de acciones “de seguimiento” o derivadas (*follow on*) y acciones “autónomas” o independientes (*stand alone*). Se precisa, con carácter previo, realizar una serie de consideraciones sobre el grado de vinculación que la decisión administrativa tiene sobre el juez civil, así como describir con un cierto grado de detalle los avatares que experimentó -bajo la aplicación pública del Derecho de la Competencia- el *cartel del seguro decenal*, la desastrosa revisión judicial de que fue objeto ante la Audiencia Nacional, salvada en parte por la ulterior revisión casacional por el Tribunal Supremo, para llegar finalmente al éxito de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, en la forma de acción de daños entablada por la empresa MUSAAT, estimada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil y confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid.

¹²⁸ E. PASTOR MARTÍNEZ, “Jueces de competencia”, en el Blog *Almacén de Derecho*, 23 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://almacendederecho.org/jueces-de-competencia/> (última consulta el 30 de noviembre de 2018).

¹²⁹ SJMerc. nº 7 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:2727).

¹³⁰ En la Sentencia que resuelve (JMerc nº 3 de Madrid, de 10 de mayo de 2018) sobre la reclamación planteada por la Cámara de Comercio, hablando precisamente sobre esta pretendida falta de individualización de las respectivas responsabilidades de las empresas integrantes del cartel, señala con acierto (Fto. Jco. 4º) que “El daño, en un supuesto de cartel que infringe el derecho de la Competencia, no lo causa la relación comercial de una partícipe del cartel con el tercero perjudicado, sino que lo causa el acuerdo colusorio mismo”.

¹³¹ *Vid.*, por todos, H. BROKELMANN, “La responsabilidad civil por infracción de las normas de defensa de la competencia”, en A. FONT I RIBAS y S. GÓMEZ TRINIDAD (Coords.), *Competencia y acciones de indemnización*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pág. 108.

1. Consideraciones previas: la vinculación al juez civil

108. La problemática de la vinculación de la jurisdicción civil a las decisiones sancionadoras de las ANC en el marco de las acciones de daños derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust ha sido estudiada en profundidad por la doctrina¹³², y a esos estudios nos remitimos para un análisis exhaustivo, ya que excede con creces el ámbito de este comentario. Aquí nos limitaremos a destacar sus rasgos esenciales, ilustrándolo con el ejemplo del *cártel del seguro decenal*, y la acción de daños ejercida por la aseguradora MUSAAT.

109. En el plano comunitario esta cuestión no ofrece ninguna dificultad, ya que desde las conocidas Sentencias *Delimitis*¹³³ y *Masterfoods*¹³⁴, está clara –ex artículo 16 del Reglamento nº 1/2003– la obligación del juez nacional de respetar las decisiones de la Comisión Europea, incluso si aún no estuviesen adoptadas (pero sí “previstas”).

110. Sin embargo, en el plano de derecho interno, el valor que se atribuya a las decisiones de la autoridad de competencia que se hayan dictado¹³⁵ en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas (las llamadas acciones “*follow-on*”), es un tema de la mayor trascendencia y complejidad, ya que es precisamente la existencia de esa decisión lo que motiva el ejercicio de la acción resarcitoria. Incluso las sentencias firmes emanadas de la revisión jurisdiccional que confirman las sanciones impuestas por las autoridades de competencia tampoco vincularían al tribunal civil en virtud del artículo 12 de la LOPJ¹³⁶, siendo la jurisprudencia del TS muy taxativa a este respecto¹³⁷.

111. Como puso de manifiesto en una publicación doctrinal¹³⁸ hace casi una década el magistrado ponente del pronunciamiento de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que acabamos de citar, es evidente que la relación entre litigios pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales no es una cuestión pacífica, y sin embargo tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia reconocen la vinculación del juez civil a la resolución judicial de la Audiencia Nacional que confirme la resolución administrativa en virtud del efecto de cosa juzgada en sentido positivo o material. Por ello, tras referirse a la decisión de la CNC como un “instrumento de convicción de gran autoridad” para la jurisdicción civil, se señalaba a continuación en la Sentencia anteriormente citada que: “*Esta previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil*”.

¹³² Vid., por todos, A.-L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 114-157.

¹³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis c. HenningerBräu AG*, Asunto C-234/89. Rec. 1991 I-00935 (ECLI:EU:C:1991:91).

¹³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, Asunto C-344/98. Rec. 2000 I-11369 (ECLI:EU:C:2000:689).

¹³⁵ Así lo señaló hace unos años, con acierto, F. JIMÉNEZ-LA TORRE, “Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Editorial LA LEY, Nº 25, La tercera de GJ, enero-Febrero 2012.

¹³⁶ “*En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial*”. Véase la sentencia de Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (RJ 625/2008), dictada escasos días después de la publicación de la Propuesta de Directiva, y en la que se expresan reticencias sobre esta cuestión.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2015, rec. núm. 220/2013, RJ 191/2015 (ECLI: ES:TS:2015:191): “*Bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas*” (Fundamento de Derecho 15).

¹³⁸ I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, Revista electrónica *Indret*, núm.1, 2009, pp. 14 y ss. Disponible en: <http://www.indret.com/es/>

112. A este respecto, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE prevé que una resolución firme de una autoridad administrativa “*se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional*” (párrafo 1º), estableciendo el mandato para los órganos jurisdiccionales de que la tengan en cuenta “*al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes*” (párrafo 2º).

113. Tras un amplio debate, y barajar diferentes fórmulas legislativas para su transposición a nuestro derecho interno, esta norma ha quedado consagrada en el nuevo artículo 75 LDC, que bajo la rúbrica “*Efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes*” establece (párrafo 1º):

La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.

114. La doctrina ha hecho una valoración positiva de esta fórmula adoptada por el legislador, destacando que “la vinculación de las decisiones administrativas requiere un elemento adicional: **la firmeza**. Firmeza que viene a manifestar la exigencia de intervención –o al menos, posibilidad de intervención- de una autoridad judicial que controle lo actuado por la administración. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial, una resolución de la CNMC (o de otra autoridad de competencia) no puede desplegar ningún efecto vinculante –*de iure*- (ni con relación a los hechos constatados ni a su calificación jurídica) ante la jurisdicción civil”¹³⁹.

115. Se ha criticado –acertadamente- el diferente tratamiento de esta eficacia vinculante en función de que provenga de la autoridad de competencia propia del mismo Estado miembro o de otro¹⁴⁰. Del mismo modo, ya que la firmeza puede emanar de una decisión administrativa y no de un pronunciamiento judicial, algunos autores van más lejos, proponiendo¹⁴¹ incluso una modificación del art. 222.1 LEC, que sustituya la expresión «sentencias firmes», por «resoluciones firmes».

116. Además, y como se ha señalado igualmente, “este artículo 75 LDC no atenta contra la independencia judicial consagrada en el artículo 117 CE, ya que la vinculación sólo se refiere a la existencia de la infracción en su ámbito subjetivo, los hechos y naturaleza de la infracción, pero no en los restantes elementos de la resolución”¹⁴². Incluso, como veremos seguidamente, el juez puede perfectamente separarse de determinados hechos que consten probados en la resolución sancionadora, y en la calificación jurídica otorgada por ésta, si tiene motivos razonados para hacerlo conforme a su propia valoración del asunto.

2. El expediente sancionador ante la autoridad administrativa

117. La Resolución¹⁴³ de la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009 impuso a seis compañías aseguradoras y reaseguradoras¹⁴⁴ multas que ascendían a un importe de casi 121 millones de euros por la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado del

¹³⁹ C. HERRERO SUÁREZ (2016), *Op.cit.*, pág. 169 (énfasis en el original).

¹⁴⁰ A. ZURIMENDI ISLA, “La indemnización de daños y perjuicios”, en A. ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Ed. Comares, Granada 2017, pág. 297.

¹⁴¹ P. FERRÁNDIZ, “Exhibición de pruebas en procedimientos de daños antitrust (I)”, en el blog *Almacén de Derecho*, 17 de julio de 2017, disponible en: <https://almacendederecho.org/exhibicion-pruebas-procedimientos-danos-antitrust-i/> (última consulta el 14 de agosto de 2018).

¹⁴² P. VIDAL MARTÍNEZ y T. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, “Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la Competencia”, *La Ley Mercantil*, nº 38 (2017), pág. 20.

¹⁴³ RCNC de 12 de noviembre de 2009, Expediente S/0037/08 *Compañías de Seguro Decenal*.

¹⁴⁴ ASEFA, CASER, MAPFRE, MÜNCHENER, SCOR y SWISS RE.

seguro decenal entre 2002 y 2007 (en infracción de los arts. 1.1 de la Ley 15/2007 y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

118. El funcionamiento del sector de los seguros en España en relación con este pronunciamiento de la autoridad administrativa ya ha sido estudiado en profundidad por la doctrina más atenta, y por ello nos remitimos a los estudios ya publicados al respecto¹⁴⁵. En este comentario nos interesa únicamente en cuanto “antecedente necesario” para las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial que van a ser objeto de análisis. Como acertadamente ha señalado el prof. MARCOS: “La infracción sancionada por la CNC comprendía tanto el cártel (que implicaba tanto a aseguradoras, como a reaseguradoras) como las medidas de vigilancia y cumplimiento, y entre ellas, el boicot que algunas de las cartelistas habrían empleado para evitar que MUSAAT lanzara al mercado una póliza que no respetara los precios y condiciones establecidas por el cártel”¹⁴⁶.

119. En lo que hace referencia al cártel, la CNC estableció como acreditada la evidencia tanto del acuerdo inicial de precios mínimos, de fecha 5 de diciembre de 2001 (y que en el expediente se denomina “medidas correctoras SDD2002”) como de la intención de las empresas de aplicarlo y extenderlo a todo el mercado del ramo del seguro decenal. El otro factor que la CNC tuvo en cuenta –y esto es especialmente relevante para la acción de daños que a la postre ejercerá MUSAAT-, fue el de los mecanismos destinados a asegurar el cumplimiento y control del acuerdo anticompetitivo, con algunos ejemplos de las medidas adoptadas (incluyendo el boicot y los actos de retorsión) para impedir la bajada en los precios¹⁴⁷.

120. Naturalmente, todas las empresas sancionadas por la CNC acudieron a la vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, quien a los tres años dictó las correspondientes Sentencias (en los recursos interpuestos por ASEFA¹⁴⁸, SCOR¹⁴⁹, CASER¹⁵⁰, MAPFRE¹⁵¹, MÜNCHENER¹⁵² y SWISS RE¹⁵³) que anulaban por completo la Resolución de la CNC. Increíblemente –ya que todas fueron dictadas por la misma Sección 6ª, revisora de las decisiones administrativas en este ámbito- lo hicieron con fundamentos y razonamientos jurídicos distintos. El único motivo que compartían era la discrepancia con la CNC en cuanto a que el comportamiento de las aseguradoras y reaseguradoras –plasmado en el documento “medidas correctoras SDD2001”- no era un acuerdo de voluntades propiamente dicho, y por tanto no constituía una infracción del art. 1 LDC ni del art. 101 TFUE.

121. Así, de esta manera tan sorprendente, y desde luego que refleja tan poca coherencia y consistencia en la revisión judicial, la Audiencia Nacional, entendió que no se trataba de una conducta anticompetitiva, sino una actuación que respondía a las circunstancias del momento, caracterizado por la novedad de la introducción del seguro decenal obligatorio, la peculiar regulación del sector, y en cierta manera la conveniencia y oportunidad de intercambios de información entre las empresas del ramo, para ajustar mejor sus primas de riesgo.

¹⁴⁵ *id.* por todos, F. MARCOS FERNÁNDEZ, “The Spanish Property Insurance Cartel”, *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 18/2, primavera 2012: 79-101.

¹⁴⁶ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Sí, hay indemnizaciones de daños y perjuicios por el cártel del seguro decenal”, publicado el 31 de julio de 2014 en el blog del *Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, disponible en: <http://www.observatorioantitrust.eu/es/si-hay-indemnizaciones-de-danos-y-perjuicios-por-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 10 de enero de 2018).

¹⁴⁷ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “El cartel del seguro decenal sale del Tribunal Supremo”, en el Blog del *Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, publicado el 22 de julio de 2015, disponible en: <http://www.observatorioantitrust.eu/es/el-cartel-del-seguro-decenal-sale-del-tribunal-supremo/> (última consulta el 13 de enero de 2018).

¹⁴⁸ SAN de 4 de enero de 2013, RJ 1/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1).

¹⁴⁹ SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5232/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5232).

¹⁵⁰ SAN de 14 de diciembre de 2012, RJ 5233/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5233).

¹⁵¹ SAN de 20 de marzo de 2013, RJ 1176/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1176).

¹⁵² SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5306/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5306).

¹⁵³ SAN de 10 de abril de 2013, RJ 1663/2012 (ECLI:ES:AN:2012:1663).

122. No sorprende, ante semejante “desconcierto” judicial, que la Comisión Europea se personara en calidad de *amicus curiae* en los recursos de casación contra las Sentencias de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo, haciendo uso de una herramienta que sólo emplea en casos muy excepcionales¹⁵⁴. Como ha señalado el prof. MARCOS, quien ha estudiado y analizado a fondo este asunto, “es muy negativo que la revisión judicial del caso se ha construido sobre un análisis deslavazado del caso por la Audiencia Nacional, que dictó seis sentencias poco coherentes entre sí sobre el mismo supuesto de hecho, y con una calidad técnica deficiente”¹⁵⁵.

123. Finalmente, este largo y complejo periplo del *public enforcement* en torno al cártel del seguro decenal se cerró en 2015 con las seis Sentencias de nuestro Alto Tribunal, que en cuatro casos (ASEFA¹⁵⁶, CASER¹⁵⁷, SCOR¹⁵⁸ y SWISS RE¹⁵⁹) anula los respectivos pronunciamientos de la AN, y por tanto ratifica en cuanto al fondo la Resolución original de la CNC de 2009, mientras que en los otros dos (MAPFRE¹⁶⁰ y MÜNCHENER¹⁶¹) los confirma, declarando no contraria al artículo 1 LDC la conducta de dichas empresas.

124. Piénsese en lo conflicto de la eventual reclamación de daños contra estas dos empresas, “exculpadas” por nuestro Alto Tribunal de infracción administrativa, pero ¿quedan necesariamente libres también de una condena a resarcir el perjuicio económico derivado del cártel? Siguiendo la línea de razonamiento en la que ahora abundaremos, la acción civil puede discurrir con independencia del expediente administrativo; naturalmente, los estándares de prueba son diferentes en uno y otro procedimiento¹⁶², y los posibles demandantes tienen además que en cierta forma rebatir las conclusiones a las que llega el TS.

125. Para un análisis detallado del desolador panorama que ha supuesto la revisión judicial de la Resolución de la CNC, nos remitimos a las publicaciones del prof. MARCOS que hemos recogido en estas páginas. Ahí se encuentra también un cuadro-resumen de las referidas sentencias¹⁶³:

TABLA 1. CUADRO-RESUMEN SENTENCIAS

	RCNC 12/XI/09 S/0037/08	AN	Fallo Audiencia		TS	Fallo TSupremo	2015
		Fecha			Fecha		
ASEFA	€27,759M	4/II/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
CASER	€14,241M	14/XII/12	Anula RCNC	Falta culpa	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
MAPFRE	€21,632M	20/III/13	Anula RCNC	Sin prueba	27/V	Confirma SAN	Sin prueba
MÜNCHENER	€18,856M	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba	9/VI	Confirma SAN	Sin prueba
SCOR	€18,599M	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
SWISS	€22,641M	10/IV/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC

¹⁵⁴ Como señala el artículo 15.3 del Reglamento 1/2003, única y exclusivamente cuando la aplicación coherente del derecho de la competencia en la UE lo requiere, y se circunscribe esta facultad excepcional a aquellos expedientes de procesos judiciales en los Estados miembros en los que existe un riesgo de aplicación de las normas antitrust europeas, en el sentido en que dicha aplicación es interpretada por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la UE, garante último de la misma.

¹⁵⁵ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Lecciones de la revisión judicial del cártel del seguro decenal”, en *Actas de Derecho Industrial*, nº 36 (2015-16), pág. 194.

¹⁵⁶ STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2543/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2543).

¹⁵⁷ STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2536/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2536).

¹⁵⁸ STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2297/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2297).

¹⁵⁹ STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2397/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2397).

¹⁶⁰ STS de 27 de mayo de 2015, RJ 2656/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2656).

¹⁶¹ STS de 9 de junio de 2015, RJ 2516/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2516).

¹⁶² Sobre esta cuestión *Vid.* el acertado análisis de A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”, en M^a J. MORILLAS; P. PERALES y L. PORFIRIO (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al prof. R. Illescas*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (2015), pág. 1123.

¹⁶³ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Matrioskas judiciales en la revisión del cártel de seguro decenal”, en el blog *Almacén de Derecho*, publicado el 3 de agosto de 2015, disponible en: <http://almacenderecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/> (última consulta el 30 de octubre de 2018).

126. En estas páginas nos centraremos, en cambio, en uno de los efectos colaterales de este asunto: la acción de daños planteada por la empresa MUSAAT –ante la jurisdicción civil- contra tres de las empresas integrantes del cártel del seguro decenal.

3. La acción de resarcimiento patrimonial ante el Juez Mercantil

127. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de 9 de mayo de 2014¹⁶⁴ estima la demanda de resarcimiento patrimonial entablada por MUSAAT, aseguradora que no participó en el cártel y que ofreció el seguro decenal a precios inferiores a los mínimos pactados. Esta sentencia condena¹⁶⁵ a las aseguradoras ASEFA y CASER y a la reaseguradora SCOR a pagar a MUSAAT una indemnización de 3.550.615,7 euros por los daños y perjuicios derivados de los actos de boicot y retorsión contra ella, vulnerando el artículo 1 de la LDC, así como el artículo 101 del TFUE.

128. MUSAAT, que no es una víctima del cártel del seguro decenal sino un competidor de las aseguradoras presuntamente en él implicadas, alega en su demanda que entre finales de 2006 y principios de 2008 las demandadas llevaron a cabo contra ella actos de boicot y retorsión, como consecuencia de que comercializara un seguro decenal de daños a la edificación, a precios inferiores a los precios mínimos pactados por el cártel, y que dichos actos de boicot y retorsión afectaron al desarrollo y consecución del reaseguro¹⁶⁶. Así, expone que, tras sondear a varias reaseguradoras que operaban en el mercado español, sin éxito, acudió al bróker del reaseguro AON RE, para que le facilitase reaseguro. Al parecer, la reaseguradora HANNOVER RE accedió a dar reaseguro en la modalidad XL a MUSAAT por intermediación del citado bróker.

129. Sin embargo, el 13 de diciembre de 2006, habiendo iniciado ya MUSAAT los preparativos para su nuevo producto, HANNOVER RE remitió una misiva a AON RE en la que manifestaba que retiraba su apoyo y señalaba que *“nuestros más importantes clientes amenazaron con tomar medidas de retorsión si seguimos brindando nuestro apoyo al Programa Decenal en Exceso de Pérdida de MUSAAT”*. La demandante aduce que HANNOVER RE retiró su oferta de reaseguro XL por las presiones de las codemandadas. La sentencia, por su parte, considera que, mediante prueba documental aportada por la demandante, quedan acreditados estos hechos, así como la relación profesional con AON RE y la manifestación de ésta de la intención de HANNOVER RE de proporcionar reaseguro XL a MUSAAT. En definitiva, de los autos obrantes en el expediente se deduce *“la intervención, como poco, de las tres codemandadas en la realización de actos de presión a la reaseguradora HANNOVER RE, y a otras entidades reaseguradoras”*, con la finalidad de que no proporcionaran el concreto reaseguro a MUSAAT.

130. La juez, que reconoce la continuidad de la conducta¹⁶⁷, estima acreditado (Fundamento de Derecho 7º) que *“las tres codemandadas primero presionaron a fin de que HANNOVER RE no reasegurase a*

¹⁶⁴ Sentencia núm. 88/2014, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, RJ 24/2014 (ECLI:ES:JMM:2014:118).

¹⁶⁵ *Vid.*, para un análisis detallado de este pronunciamiento, F. DÍEZ ESTELLA y C. ESTRADA MERAYO, “Las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 15 (2014).

¹⁶⁶ La Resolución de la CNC sostiene que *“ante la conducta de algunas aseguradoras cedente, y de forma particular MUSAAT, de aplicar precios inferiores a los pactados, ASEFA, CASER, SCOR, SUIZA y MRSEP reaccionaron de forma coordinada con el objetivo de mantener el nivel de precios mínimos acordado, presionando a las reaseguradoras (como HANNOVER RE) que se mostraban dispuestas a contratar con MUSAAT su negocio en SDD para 2007 a precios inferiores a los acordados”*. El reproche antitrust de la CNC a estas conductas *“surge por su origen coordinado o concertado y por su finalidad anticompetitiva: vigilar que el acuerdo de precios era respetado por las partes y por todo el mercado, y en caso de detectarse incumplimientos, ponerlos en conocimiento de los miembros del cártel de precios mínimos para, en su caso, adoptar medidas de presión, retorsión y boicot”*.

¹⁶⁷ La CNC la calificó de *“infracción compleja, muy grave, única y continuada en el tiempo”*. Esta calificación ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de nuestra autoridad de competencia, y no ha estado exenta de cierta polémica doctrinal. *Vid.*, entre otras, las RRCNC de 30 de julio de 2013, Exp. S/0380/11, *Coches de Alquiler*; de 26 de noviembre de 2013, Exp. S/0314/10, *Puerto de Valencia*; y de 28 de febrero de 2013, Exp. S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

MUSAAT” y, segundo, “*intentaron evitar que la entidad MUSAAT obtuviera Reaseguro en la modalidad XL de otra/s entidades, llegando a condicionar la celebración de contratos a compromisos de no contratación de tales productos con MUSAAT*”. En este sentido, considera (Fundamento de Derecho 8º) que este comportamiento sí cabe ser calificado como actos de boicot y las 'advertencias' realizadas a la otra empresa pueden ser conceptuadas como actos de retorsión. Por otro lado, MUSAAT arguye que el comportamiento de las codemandadas se encaminaba a mantener el nivel de precios mínimos acordado. A este respecto, recoge la sentencia que de la prueba documental aportada se deduce la preocupación de las codemandadas respecto de que una aseguradora realice ofertas por debajo del “*casual*” precio “*prácticamente común*” de las demás.

131. En este marco, el Fundamento de Derecho 2º señala que la acción ejercitada por MUSAAT "se asienta en el *denominado* Derecho de la Competencia" (énfasis añadido), como queriendo despejar cualquier duda sobre la estrecha conexión entre la demanda civil y el expediente administrativo, pero a la vez, manteniendo cada uno sus respectivos ámbitos propios. Y reitera (en el Fundamento de Derecho 5º, *in fine*) que “*se ha desestimar la alegación [de la demandada, sobre la prescripción de la acción de daños, ex artículo 1968.2 CC] al constar únicamente acreditado el conocimiento por MUSAAT del alcance y origen de los actos que denuncia a raíz del dictado de la Resolución de la CNC*”.

132. Más adelante, en el Fundamento de Derecho 6º, recoge la Sentencia del Juez Mercantil una amplia argumentación del Tribunal Constitucional¹⁶⁸ (Sentencia núm. 192/2009, de 28 de septiembre), que establece la conocida doctrina sobre cuándo un juez puede "apartarse" de lo establecido por otra jurisdicción. Finalizada la extensa referencia a la doctrina constitucional que hemos transcrito a pie de página, el Juez Mercantil sigue el precedente¹⁶⁹ marcado por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 7 de noviembre de 2013 recordaba (Fto. Jco. 4º, apdo. 3) cómo:

“esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales (...) tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que es calificado como de "follow on claims" (...) por lo que ninguna indefensión le produce la vinculación de la jurisdicción civil, en los términos que se ha expresado, a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial”.

133. Pero no estamos ante la Ley 16/1989, sino ante la Ley 15/2007, que deroga el antedicho artículo 13.2 LDC, y suprimiendo ese requisito de procedibilidad, permite las acciones “*stand alone*”. Y, concluye el Fundamento de Derecho 6º, en cuanto a la vinculación a los hechos probados, y la valoración de la prueba documental obrante en el expediente administrativo y presentada junto con la demanda, en ejercicio de su labor judicial, dado que se ha incorporado al procedimiento ha de valorarse conforme al art. 217 LEC, lo que le permite al Juez Mercantil llegar a un fallo distinto del resultado obtenido en el proceso administrativo.

¹⁶⁸ “Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde **perspectivas jurídicas diversas** (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3) (...)

» Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni **fundamentos que justifiquen tal apartamiento** (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)” (énfasis añadido).

¹⁶⁹ Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2013, Rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).

134. Y así, a diferencia de lo expresado por la Audiencia Nacional, que niega la existencia de un cártel y tampoco consideró que hubiera actos de boicot y retorsión, concluye la Sentencia que hubo actos de presión a MUSAAT (“*Por lo tanto, de la documental y demás prueba examinada se deduce la intervención, como poco, de las tres codemandadas en la concreta conducta consistente en realización de actos de presión a la reaseguradora HANNOVER RE, y a otras entidades reaseguradoras, a fin de que no proporcionaran el concreto reaseguro a MUSAAT*”, Fundamento de Derecho 7º *in fine*) y que dicha conducta es anticompetitiva (“*Y, en cuanto comportamiento contrario a la competencia eficiente, que obstaculizó la libre competencia, si cabe ser calificado como actos de boicot. Análogamente, las advertencias realizadas, al menos, a la reaseguradora HANNOVER RE, pueden ser conceptuadas como actos de retorsión*”, Fundamento de Derecho 8º *in fine*).

135. En el contexto del debate¹⁷⁰ sobre la firmeza de las decisiones administrativas –a los efectos de su carácter vinculante para la jurisdicción civil– obsérvese que este caso da lugar al supuesto inverso: inexistencia de licitud desde una perspectiva administrativa y, en cambio, acreditación de la conducta anticompetitiva y consecuente reconocimiento de responsabilidad civil. Esta situación, tan poco frecuente, naturalmente da pie a extender el debate sobre la vinculación o no del juez civil a resoluciones negativas, es decir, que no declaran o, en su caso, anulan una infracción. Para salir del atolladero, necesariamente se ha de predicar la separación entre el procedimiento administrativo y la acción de daños. Por ello, como ha señalado –pensamos que acertadamente– la doctrina que más a fondo ha estudiado este asunto, “la sentencia del juzgado de lo mercantil nº 12 de Madrid se apoya tan sólo parcial y mínimamente en la resolución de la CNC. Desgaja de la infracción compleja sancionada por la CNC el boicot”¹⁷¹.

136. En la calificación como conductas contrarias al art. 1 LDC la Sentencia del Juzgado Mercantil de 9 de mayo de 2014 “se adelanta”¹⁷² a algunos de los fallos en vía contencioso-administrativo, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (que resuelve el recurso planteado por SWISS RE), cuando apuntaba esto mismo¹⁷³ en su Fundamento de Derecho 6º. La sentencia declara que los actos y conductas llevadas a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot¹⁷⁴ y retorsión a MUSAAT, contrarios a los artículos 1 LDC, y 101 del TFUE. Como consecuencia de ello, y sobre la base del artículo 1902 del Código Civil, condena a las demandadas a indemnizar conjunta y solidariamente a MUSAAT por los daños y perjuicios ocasionados, en concepto de daño emergente en la cantidad de 3.550.615,7 euros, no habiendo lugar a imponer las costas a ninguna de las partes.

137. Antes de analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso contra este pronunciamiento, procede hacer referencia a una interesante cuestión. La Sentencia del Juez Mercantil no se pronuncia directamente sobre el cártel, sino que lo hace sobre el boicot y los actos de

¹⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, P. CALLOL, “Procedimiento de reclamación de daños generados por ilícitos antitrust: aspectos clave de la recepción en España de la Directiva comunitaria y responsabilidad potencial del Estado por transposición tardía”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2017, págs. 232 y ss.

¹⁷¹ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal: Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014”, *La Ley Mercantil*, 29 de Julio de 2014, pág. 14.

¹⁷² *Vid.* un agudo análisis de esta Sentencia, y los reproches que sobre este punto concreto el Tribunal Supremo se dirigen a la Audiencia Nacional, en J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Otra (mejor) sentencia del Supremo sobre el cártel del seguro decenal”, en el blog *Almacén de Derecho*, publicado el 10 de junio de 2015. Disponible en la web: <http://www.almacenderecho.org/otra-mejor-sentencia-del-supremo-sobre-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 14 de diciembre de 2017).

¹⁷³ “*En todo caso, aun con independencia de cuál fuese el alcance real de lo acordado en el año 2002, las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción (...) debe concluirse que las reuniones y las prácticas encaminadas al seguimiento y control del cumplimiento del acuerdo y, claro es, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores comportan por sí mismas una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (tanto en la Ley 16/1989, de 17 de julio como en la Ley 15/2007, de 3 de julio) y del artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*”.

¹⁷⁴ Un completo y exhaustivo análisis del boicot puede encontrarse en A. EMPARANZA SOBEJANO, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Ed. Civitas, Madrid 2000.

retorsión que llevaron a cabo las demandadas como medida de vigilancia de que el acuerdo de precios era cumplido, y, además, se dicta antes de que la Resolución de la CNC devenga firme¹⁷⁵. No obstante, aquí no opera la prejudicialidad, por lo que el hecho de no haber recaído sentencia firme no obsta para que proceda el resarcimiento patrimonial.

138. La acción indemnizatoria ejercida por MUSAAT ha sido calificada por algunos autores no como acción aislada (*stand-alone*), sino como de seguimiento (*follow-on*), pero “parcial, atípica y anticipada”¹⁷⁶. En nuestra humilde opinión, ya manifestada en anteriores publicaciones¹⁷⁷, la consideramos como una *stand-alone claim*, bien es verdad que colateral, y que toma como precedente la decisión administrativa, pero no se fundamenta en ella, sino que tiene entidad propia y autónoma. Otros autores que han analizado este pronunciamiento se decantan también por calificarla como “una reclamación relacionada pero *independiente* de las conductas sancionadas por la CNC”¹⁷⁸.

4. El recurso de apelación ante la Audiencia Provincial

139. No puede desconocerse que la gran mayoría¹⁷⁹ de las acciones de reclamación de daños y perjuicios que van a ejercitarse lo serán del tipo *follow-on*, apoyándose en la previa decisión administrativa declarando –y sancionando– la conducta antitrust. Sin embargo, y de ahí la singularidad e interés del caso MUSAAT, el resarcimiento patrimonial no se apoya en el daño provocado por el cártel (en términos de sobre costes) a sus compradores, directos o indirectos, sino en el sufrido por un competidor de las compañías aseguradoras y reaseguradoras que fue objeto de actos de boicot y retorsión, precisamente por negarse a participar en la conducta anticompetitiva.

140. En efecto, así como en el momento de dictarse la Sentencia del Juzgado Mercantil el proceso contencioso-administrativo estaba en pleno desarrollo, con todas las Sentencias de la Audiencia Nacional recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, en el momento de pronunciarse la Audiencia Provincial ya se habían resuelto todos los recursos, con lo que en ese sentido el aspecto quizá más interesante es el pronunciamiento sobre la prejudicialidad (en qué medida la jurisdicción civil ha de estar vinculada por las resoluciones de los órganos administrativos); el otro aspecto, naturalmente, es el pronunciamiento relativo a la acción de daños –y su cuantificación– entablada por la demandante en primera instancia y luego apelada, la empresa MUSAAT.

141. Ya se ha apuntado en la introducción a este apartado que esta suerte de “prejudicialidad administrativa” es uno de los aspectos que más dificultades ha planteado la transposición de la Directiva 2014/104/CE a los ordenamientos internos de los Estados miembros –no sólo el nuestro– de la UE. Se entiende el recelo de los órganos jurisdiccionales nacionales a esta pérdida de independencia en el ejercicio de sus funciones que supone el estar *vinculado* por un pronunciamiento de un órgano administrativo¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Como se ha expuesto, la Resolución de la CNC fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien anuló las multas impuestas por la Autoridad de Competencia.

¹⁷⁶ F. MARCOS (2014), “Indemnización de daños y perjuicios (...)”, *cit.*, pág. 11.

¹⁷⁷ F. DÍEZ ESTELLA, “Capítulo 6: El triunfo de las acciones *stand-alone* en las reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust (Análisis de la Sentencia de la AP de Madrid de 3 de julio de 2017)”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, págs.107 a 134.

¹⁷⁸ R. BAENA ZAPATERO y P. VELASCO SANZO, “Boicot en asociaciones y derecho de la competencia”, en M. A. RECUERDA GIRELA (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Thomson Reuters, Madrid 2018, pág.295, en nota a pie de página nº 45 (la cursiva es nuestra).

¹⁷⁹ De hecho se ha afirmado que la Directiva 2014/104/CE se decanta decididamente por este tipo de acciones, frente a las *stand-alone*: *Vid.*, A. CASADO NAVARRO, “La Directiva 2014/104/CE sobre acciones por daños en materia de competencia: una apuesta por las *follow-on actions*”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 427 a 450, Valencia 2016.

¹⁸⁰ Sentencia del SJMerc. nº 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011, FD3º, “a diferencia de lo dispuesto en el artículo 16. 1º del Reglamento 1/2003 en relación con las decisiones de la Comisión Europea, que son vinculantes incluso si son objeto de recurso, dado que disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anuladas o revocadas la Ley de 2007 no contempla tal vinculación”.

142. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), en su Sentencia¹⁸¹ de 3 de julio de 2017 resuelve el recurso de apelación planteado por SCOR, ASEFA y CASER contra la decisión del Juez Mercantil. Y lo hace recogiendo el mismo precedente del Tribunal Constitucional que ha invocado la Sentencia de instancia, concluyendo con el principio que ya se ha consagrado en la jurisprudencia de la “vinculación relativa”:

“(…) ni los hechos enjuiciados ni la perspectiva jurídica desde la que deben ser examinados (prácticas colusorias) experimentan variación alguna en el presente proceso civil, habiendo sido también comunes en ambos procesos los argumentos esgrimidos por las compañías ahora apelantes tendentes, bien a negar la existencia de acuerdos y prácticas colusorias, bien a justificar su amparo en la normativa de exención. Sin embargo, no nos parece necesario llevar a cabo una exposición detallada de tales concomitancias desde el momento en que son las propias entidades apelantes quienes proclaman su existencia y quienes, precisamente con base en esa circunstancia, postulan la aplicación en el presente caso del principio de vinculación relativa de las resoluciones emanadas de la jurisdicción contencioso-administrativa” (Fundamento de Derecho 3º)

143. A continuación, y como apoyo de su razonamiento, la AP no tiene empacho alguno en llevar a cabo la transcripción de cuatro folios completos de la Sentencia del TS de 26 de mayo de 2015, que resuelve el recurso planteado por ASEFA, y que la AP toma como paradigma y modelo válido para las otras dos recurrentes (SCOR y CASER), para concluir en el último párrafo de este mismo Fundamento de Derecho 3º que:

“Despejada, pues, en el sentido confirmatorio ya anunciado, la problemática referida a la realidad o irrealidad de las conductas imputadas a las demandadas en la demanda rectora del presente proceso así como la concerniente a la calificación jurídica de tales conductas, queda abierta, obviamente, la cuestión relacionada con la determinación de si tales conductas ocasionaron o no a MUSAAT algún quebranto patrimonial y, en caso afirmativo, a la cuantificación de ese quebranto, cuestiones ambas sobre las que, por obvias razones, no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso administrativo”.

144. Este pronunciamiento podemos decir que consagra en nuestro derecho la virtualidad práctica de las *stand-alone claims*, que siempre serán minoritarias respecto a las *follow-on*, naturalmente, pero que tienen su propia entidad y trascendencia. A la jurisdicción mercantil le sirve como punto de partida la resolución administrativa –en este caso de la extinta CNC- y naturalmente los pronunciamientos que al respecto tienen lugar en sede contencioso-administrativa –a cargo de la AN y el TS-. Pero en Primera Instancia se ha considerado acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva (actos de boicot y retorsión), de la que se han derivado unos perjuicios patrimoniales, que corresponde resarcir, y en sede de Apelación la Audiencia Provincial lo confirma, y por tanto procede a valorar la cuantificación del quebranto económico, cuestión sobre la cual, recuerda con acierto y precisión, “*no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso-administrativo*”.

145. Claro que no puede haber pronunciamiento previo sobre el tema de los daños, eso está fuera del ámbito del expediente administrativo, y por tanto de su revisión contencioso-administrativa. Pero, a la vista del desbarajuste en cuanto a la calificación de la conducta de las compañías aseguradoras y reaseguradoras como anticompetitivas, lo mismo puede decirse del pronunciamiento administrativo sobre la licitud de tales actuaciones. La jurisdicción civil se pronuncia ella sola sobre la cuestión. No le hace falta la decisión previa, aunque evidentemente la tenga en cuenta como punto de partida. Volviendo a la frase anterior, “*no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso-administrativo*”, añadiríamos nosotros, si se nos permite la licencia histórica, que “*ni está, ni se le espera*”. No hace falta una decisión administrativa previa, no toda acción de resarcimiento tiene que ser una *follow-on*, este caso del cártel del seguro decenal y el procedimiento civil seguido a instancias de la empresa MUSAAT es un claro triunfo –con los matices y reservas ya expresados en estas páginas- de las acciones *stand-alone*.

¹⁸¹ Sentencia núm. 339/2017, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 3 de julio de 2017, ROJ 9034/2017 (ECLI:ES:APM:2017:9034).

V. Conclusiones

146. En el marco, más amplio, del proceso de privatización del Derecho de la Competencia, y tras haber examinado en las páginas precedentes algunas de las problemáticas prácticas suscitadas en el ejercicio de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, sobre todo a la luz de pronunciamientos judiciales recientes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1º. Desde la firma del Tratado de Roma en 1957, y a partir de ahí la promulgación de diversas normas *antitrust* en la UE de derecho derivado, así como en las respectivas normativas de los países europeos, la aplicación del Derecho de la Competencia ha sido eminentemente pública, encargada a órganos administrativos, y centralizada en las autoridades de defensa de la competencia, nacionales o comunitarias. Tuvo su razón de ser entonces, pero pasado ya más de medio siglo de *public enforcement* este sistema ha experimentado una profunda revisión.
- 2º. Tras la publicación del Reglamento 1/2003, que descentraliza la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, y en cierta forma moderniza el sistema en su conjunto, el siguiente paso ha sido el impulso al *private enforcement*. La aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, buscando fines distintos (disuasión y resarcimiento patrimonial, respectivamente) están llamadas a **complementarse**, no a ser sustitutiva una de otra. Esta es la intención declarada por el legislador comunitario desde que se puso en marcha este proceso, y como tal ha quedado consagrado en el espíritu y el texto tanto de la Directiva 2014/104/CE como el RD Ley 9/2017 que la incorpora al Derecho español.
- 3º. En la doctrina, y en cierta forma también en los pronunciamientos judiciales que ya se han dictado resolviendo este tipo de reclamaciones, existe un amplio consenso en cuanto a las “ventajas” de **la aplicación privada**, y lo incompleto que estaba el *enforcement* antitrust sin esta efectiva posibilidad de ejercer acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. De ahí que la valoración global de la normativa haya sido hasta la fecha muy favorable. Sin embargo, existen una serie de dificultades que se han ido poniendo de manifiesto al hilo de casos reales, cuya solución dista mucho de ser satisfactoria.
- 4º. Respecto de la **vinculación al juez civil de lo resuelto en sede administrativa** (una vez ganada firmeza en vía contencioso-administrativa), tanto la Directiva como su transposición al derecho español parecen lograr un cierto equilibrio entre la seguridad jurídica (unos mismos hechos no pueden tener diferente alcance jurídico según qué instancias del Estado los enjuicie) y la independencia judicial (como hemos visto, la vinculación no es absoluta). Este equilibrio, junto con las tensiones existentes cuando los pronunciamientos de ambos órdenes –el administrativo y el civil- no son coincidentes, se ha puesto de manifiesto en el *cártel del seguro decenal*. Este asunto es, en nuestra opinión, un buen ejemplo igualmente de la eficacia y virtualidad de las acciones *stand-alone*, sin dejar de reconocer que lo habitual en estos casos serán las acciones *follow-on*.
- 5º. Respecto de cuál **sea la jurisdicción competente** para conocer de este tipo de acciones de resarcimiento patrimonial, pese a las vacilaciones iniciales de la jurisprudencia, pensamos que la cuestión ha quedado ya zanjada, y sin dejar de tratarse de una responsabilidad extracontractual (ex artículo 1.902 CC), que en principio debería conocer el Juzgado de Primera Instancia, los pronunciamientos que hemos reseñado, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso del *cártel del azúcar*, y los Autos más recientes de la Audiencia Provincial de Madrid, no ofrecen duda: corresponde a los Juzgados de lo Mercantil (al ser acciones incardinables en el artículo 86 ter 2.f) LOPJ).
- 6º. Otra consecuencia de la complementariedad a la que hemos hecho referencia entre public y private enforcement es la necesidad de arbitrar mecanismos para que el ejercicio de acciones de daños no perjudique el **programa de clemencia**, que tan útil y eficaz se ha revelado para la detección y persecución de los cárteles. En la medida en que todavía no se ha podido aplicar la nueva normativa promulgada a tal efecto, no está demostrado que las

- previsiones de la Directiva de Daños o las reformas introducidas para su transposición en la LEC y la LDC sean verdaderamente eficaces para conseguir este equilibrio.
- 7°. Una cuestión que trasciende el análisis jurídico y cae de lleno en la esfera económica, y sin embargo se ha demostrado como elemento decisivo de la estimación o desestimación de las acciones resarcitorias, es la **valoración y cuantificación del daño llevada a cabo por los demandantes, a través de los correspondientes informes periciales**. La importancia de este análisis no debe ignorarse, y el papel que los economistas están llamados a jugar en la aplicación privada del Derecho de la Competencia es de gran alcance. Como se ha apuntado para el *cártel de los camiones*, y hemos visto ya en diferentes Sentencias relativas al *cártel de los sobres de papel*, una incorrecta valoración del daño (por el empleo de un método inadecuado, o unos cálculos erróneos) lleva a la desestimación de la pretensión resarcitoria.
 - 8°. En el plano sustantivo, **la reforma de la LDC** para la transposición de la Directiva 104/2014/CE no ha supuesto grandes cambios en nuestro sistema, que podemos decir ya estaba preparado para las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, tanto *follow-on* como *stand-alone*. Es cierto que el reconocimiento de la defensa *passing-on* y otras novedades van a suponer un impulso a estas reclamaciones, pero en este momento la reforma es demasiado reciente para poder valorar adecuadamente su funcionamiento práctico.
 - 9°. En el plano procesal, **la reforma de la LEC** para la transposición de la Directiva 104/2014/CE sí ha supuesto una novedad de cierto calado, que ha sido acogida de modo dispar; desde un amplio sector doctrinal se celebra la introducción de figuras como el *discovery* para facilitar el acceso a las fuentes de prueba, y con ello impulsar el ejercicio exitoso de acciones de daños por parte de los perjudicados, pero no faltan -especialmente entre la magistratura- quienes recelan del acierto de estas medidas. Una vez más, cuando la normativa vigente empiece a ser aplicada a casos reales, podremos valorar su eficacia y utilidad.
 - 10°. Finalmente, señalar que la normativa aprobada y su aplicación por parte de los jueces, así como los estudios académicos que se están llevando a cabo sobre las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, con los matices y reservas que se han puesto de manifiesto en estas páginas, con carácter general sí puede decirse que están contribuyendo a una mejora del sistema en su conjunto y a una más eficaz y equilibrada aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia, en beneficio de empresas, consumidores, y el mercado en su conjunto.

LIMITATIONS ON JURISDICTION AND ARBITRATION
AGREEMENTS BASED ON APPLICABLE LAW AND
THE IDENTITY OF THE CARRIER IN CARGO CLAIM
DISPUTES: WHO AND WHERE TO SUE?

LAS LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA LA VOLUNTAD
DE LAS PARTES EN LAS CLÁUSULAS ATRIBUTIVAS
DE JURISDICCIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE ARBITRAJE
BASADAS EN LA LEY APLICABLE Y LA IDENTIDAD DEL
TRANSPORTISTA EN LAS RECLAMACIONES POR PÉRDIDA
O DAÑOS A LAS MERCANCÍAS: ¿A QUIÉN Y DÓNDE SE
PUEDE RECLAMAR?

JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ

*Ph.D. candidate, CBS Law, Copenhagen Business School
University College Dublin (UCD) Sutherland Doctoral Fellow*

Recibido: 10.12.2018 / Aceptado: 16.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4621>

Abstract: The article demonstrates through an analysis of the limitations on choice of forum or arbitration agreements following the declaration of invalidity of a choice of law clause included in a charter party and/or a bill of lading (B/L) by a judge. It is equally difficult enforcing a jurisdiction or arbitration clause included in a B/L if the parties are not clearly defined in the contract for the carriage of goods by sea. The article delivers some conclusions and suggests the approach to be taken by maritime contracting parties to overcome any feasible invalidity of a choice of forum or arbitration agreement based on the choice of law by European Member (EU) States' courts.

Keywords: Jurisdiction and arbitration agreements, choice of law clauses, contracts for the carriage of goods by sea, charter party, bill of lading, anti-suit injunctions, actions in contract, actions in tort, actions in bailment, Demise Clause, Identity of the Carrier Clause.

Resumen: El artículo demuestra a través de un análisis de las limitaciones en la elección del foro o los acuerdos de arbitraje tras la declaración de invalidez de una cláusula de elección de ley por parte de un tribunal incluida en un conocimiento de embarque y/o conocimiento de embarque (B/L) por parte de un juez. Es igualmente difícil hacer cumplir una cláusula de jurisdicción o arbitraje incluida en un B/L si las partes no están claramente definidas en el contrato para el transporte de mercancías por mar. El artículo presenta algunas conclusiones y sugiere el enfoque que deben adoptar las partes contratantes marítimas para superar cualquier posible invalidez de un acuerdo de elección de foro o arbitraje basado en una elección de la ley por los tribunales de Estados miembros de la Unión Europea (UE).

Palabras clave: Cláusulas de elección de foro y acuerdos de arbitraje, cláusulas de elección de ley, contratos para el transporte de mercancías por vía marítima, fletamento, conocimiento de embarque, medidas antiproseso, acciones contractuales, acciones extracontractuales, acciones basadas en "bailment", cláusula de cesión, cláusula de identidad del transportista.

Summary: I. Party autonomy. 1. Introduction. 2. Procedural party autonomy. 3. Party autonomy in conflict of contract laws. 4. Material or substantive party autonomy. II. A particular note on maritime arbitration and applicable law. 1. Party autonomy and maritime arbitration. 2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal. III. Direct actions and the compulsoriness for third party claimants of a dispute resolution and choice of law clauses in an insurance contract. 1. Extra-European Union proceedings. 2. Intra-European Union proceedings. IV. Limitations on choice of forum and arbitration agreements based on the the identity of the shipping carrier. 1. Introduction. 2. General rules in defining responsibilities. 3. The identity of the charterer and the shipper under Scandinavian law. 4. Comparative case law on the limitations on dispute resolution agreements based on the identity of the carrier. A) England. B) Spain. C) Germany. V. Conclusions.

I. Party autonomy

1. Introduction

1. Party autonomy plays an important role in the international carriage of goods but requires a focus on procedural party autonomy rather than material one based on characterisation of dispute resolution clauses and shipping contracts. The same contractual reality is addressed differently in various legal frameworks, in which rules of applicability may include express or implied submission to a court or arbitral tribunal, the double effect of the choice of forum clause (*derogatio fori* and *prorogatio fori*), interaction between *forum* and *ius*, substantive and formal conditions for validity of arbitration agreements, connections between litigation and the chosen court, conclusions to agreements before or after a cargo claim, enforceability *vis-à-vis* third party cargo claimants not party to the agreement and the characterisation of a competent forum or arbitral seat arising from party autonomy.

2. The non-recognition of arbitration and jurisdiction clauses by courts or the arrest of ships occur when the level of party autonomy generates asynchronies. Party autonomy whether procedural, substantial or in conflict of contract laws is asymmetrically developed at European and international level. This is a proof of the lack of harmonisation of procedural, material and conflictual rules. There are no mechanisms that provide unification and harmonisation within conventional, EU or domestic legal frameworks. There is a trend towards 'diversification, specialisation and flexibility' in conflict of laws rules of international or European instruments (such as the Rome I and Rome II Regulations)¹ in order to determine the most appropriate substantive law according to the conflict of laws rules that encompass the objectives of legislative policy of each forum.²

3. The Brussels I Recast Regulation, following its predecessor,³ enhances the free circulation of judgments according to Recital 27: "a judgment given in a Member State should be recognised and enforced in another Member State even if it is given against a person not domiciled in a Member State". The *exequatur* or declaration of enforceability is not required but a single form filled out by the EU Member State court rendering the judicial decision to be enforced in another EU Member State (Article 39). Provisional, including protective measures are enforceable in another EU Member State court according to Article 42.

4. Moreover, the Rome I Regulation provides legal security and a uniform application of the law to the contract while enhancing the free movement of judgments between EU Member States. According to Recital 6 of the Rome I and Rome II Regulations:

¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) OJ 2007 L 199/40 (Rome II Regulation).

² J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé: Cours General*, Martinus Nijhoff, 2002.

³ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 012/1. The Heidelberg report details explanatory notes: B. HESS, T. PFEIFFER and P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* ('Heidelberg Report') [2008], Study JLS/C4/2005/03.

“The proper functioning of the internal market creates a need, in order to improve the predictability of the outcome of litigation, certainty as to the law applicable and the free movement of judgments, for the conflict-of-law rules in the Member States to designate the same national law irrespective of the country of the court in which an action is brought”.

5. This author considers procedural law to be reasonably well ranked, and the intention is to prove this throughout this article. Nevertheless, the law is not perfect. Recognition and enforcement of jurisdiction and arbitral awards are not analysed in this article since they constitute a separate and singular issue.

2. Procedural party autonomy

6. There are three selected realities on international freight transport: procedural autonomy, excluding recognition and enforcement (principle of specialty), which has advanced much more in all sectors; party autonomy in conflict of contract laws, that is, conflicts of interest (the model of Rome I and Rome II Regulations shall be followed by an EU court but outside the EU, judges apply its conflict norm) and finally, international commercial matters, that is, material party autonomy (i.e. contractual clauses). There is no single convention at the EU level on this issue. Consequently, this leads to territorial sectoralisation where every judge applies its own law. Is this a reasonable mechanism to harmonise solutions and provide legal certainty? Certainly does not. Does EU law provide a scope to this material party autonomy? It provides a uniform response to the conflictual but not the material scope. Are conventions a harmonising solution? Certainly they are not. First, it depends on whether each State ratifies them and, second, we do not have a conventional norm that regulates this question in a harmonised way. This is achieved in procedural matters.

7. By choosing different models (e.g. what is understood by ‘charter party’ or other concepts to be analysed), this article shows that there is a plurality of concepts due to the nationalisation of the qualification of concrete problems. The interpretation of a dispute resolution clause by a Spanish or English court will be different. Even if this perspective seems descriptive, it is selectively descriptive, adding an original viewpoint on party autonomy regarding contracts of affreightment.

8. The recognition and enforcement of choice of forum clauses by EU Member State courts are related to procedural party autonomy. Procedural party autonomy and choice of law are analysed prior to litigation, i.e. the substance of the case. Article 25(1) of the Brussels I Recast Regulation⁴ provides for the formal validity and the consent of the parties but not the substantive validity of the choice of forum clause that is subject to the law of the EU Member State court where enforcement is sought. The EU Member State court “seised should assess the validity of the agreement according to the “law of the Member State of the court or courts designated in the agreement, including the conflict-of-laws rules of that Member State”,⁵ according to Recital 20 of the Regulation. The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements⁶ is proof of how much easier it is to reach a consensus on the delegation of sovereignty in procedural than substantive matters.⁷

⁴ Article 25 states:

“The agreement conferring jurisdiction shall be either: (a) in writing or evidenced in writing; (b) in 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.”

⁵ P. GARCIMARTÍN, “Prorogation of Jurisdiction - Choice of Court Agreements and Submission (Arts. 25-26)”, in DICKINSON, A., LEIN, E. and JAMES, A. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, pp. 25–26 (hereafter “GARCIMARTÍN”).

⁶ The Convention on Choice of Court Agreements, approved on 30 June 2005 at the 20th Session of the Hague Conference on Private International Law (entered into force on 1 October 2015), 44 ILM 1294. The Council of the EU Decision 2014/887/EU of 4 December 2014 approved the Convention on behalf of the EU ([2014] OJ L353/5).

⁷ Article 5(1) of the Hague Choice of Court Convention follows the Brussels I Recast Regulation and provides for the choice of law rules of the State concerned; in X. KRAMER and E. THEMELI, “The Party Autonomy Paradigm: European and Glob-

9. It shall be noted that some specialised conventions (including maritime related ones) to which the EU Member States are parties on jurisdiction, *lis alibi pendens*, and the recognition and enforcement of judgments can take precedence over the regime established by the Brussels I Recast Regulation.⁸ The interaction of legal frameworks in presence requires the legal operator being aware of the *rule of specialty*, reflected normatively in its origin in the drafting of article 57 of the 1968 Brussels Convention,⁹ currently included in Article 71 of the Brussels I Recast Regulation.¹⁰

10. The “hermeneutical” interpretation of the Court of Justice of the European Union (CJEU) is anchored in the compulsory presence of a series of legal conditions for the prevailing application of the special agreements over secondary EU legislation (EU Regulations).¹¹ That doctrine, as inferred from the CJEU’s case law, is based on a high degree of predictability on the outcome of a judicial procedure, a good administration of justice, a reduction of parallel proceedings, the guarantee of compliance with the principle of the free circulation of judicial resolutions in civil and commercial matters and the notion of reciprocal trust between EU Member State courts.¹² The rule of specialty is not activated automatically for all special international agreements,¹³ once the qualification requirements are assessed, when it contains a direct or indirect regulation of judicial competence, with full compatibility with the objectives of the EU legislation. Otherwise, the applicable EU rules on jurisdiction come into play.¹⁴

3. Party autonomy in conflict of contract laws

11. Arbitration and jurisdiction agreements are excluded from the scope of application of the Rome I Regulation as set out in its Article 1(2)(e) and there is no uniform conflict of laws rule to determine their validity. The EU Member States apply their domestic choice of law rules, leading to the application of their *lex fori*, their *lex causae* or a combination of both.¹⁵ A choice of a non-EU Member State court leads “to lead to the non-application of other jurisdiction rules of the Regulation, the choice should satisfy the formal requirements of Article 25(1) and not be contrary to the protective and exclusive jurisdiction as referred to in Article 25(4) Brussels I bis Regulation”.¹⁶

12. Article 3(1) of the Rome I Regulation sets out the party autonomy in conflict of contract laws in the EU. The first and most efficient connecting factor to determine the ‘*Lex Contractus*’ or law applicable to the contract is the party autonomy in conflict of contract laws. It does not benefit nor create obligations to third parties (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*).¹⁷ The party autonomy in conflict of contract laws is the subjective right available to the contracting parties consisting of being able to choose

al Developments on Choice of Forum”, in V. LAZIĆ and S. STUIJ (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, TMC Asser Press, 2017, pp. 27-49, at pp. 40-41 (hereafter “KRAMER and THEMELI”).

⁸ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *La dimensión procesal internacional en la Ley de navegación marítima*, Anuario español de derecho internacional privado, No. 14-15 (2014-2015), pp. 159-203.

⁹ Vid. S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo: La Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, pp. 11 et seq.

¹⁰ According to article 71(1), “This Regulation shall not affect any conventions to which the Member States are parties and which, in relation to particular matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments”.

¹¹ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29 October 2010, pp. 1-6.

¹² See the judgment of 19 December 2013, *Nipponkoa Insurance Co (Europe) Ltd v Inter-Zuid Transport BV*, C-452/12, EU:C:2013:858, and the judgment of 4 May 2010, *TNT Express Nederland BV v Axa Versicherung AG*, C-533/08, EU:C:2010:243.

¹³ On the theory of the layers of specificity and the collision between agreements, *vid., ad ex.* F. MAJOROS, *Les Conventions Internationales en matière de Droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, vol. 1, A. Pedone, 1976, pp. 282 et seq.

¹⁴ F. GARAU SOBRINO, “La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, No. 1, 2011, pp. 270-281.

¹⁵ P. A. NIELSEN, “The new Brussels I regulation”, *Common Market Law Rev* 50(2), 2013, pp. 503-528, at p. 523.

¹⁶ Vid. P. GARCIMARTÍN (note 5), p. 281; in KRAMER and THEMELI (note 7), pp. 40-41.

¹⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, 2011, pp. 209-211 (hereafter “CARRASCOSA”).

“the law applicable to the whole or to part only of the contract”.¹⁸ The contract is subject to the valid law chosen by the parties subject to the minimum conditions prescribed by the Article.

13. Other international agreements that regulate international contractual obligations also include this connection criterion¹⁹ since the entry into force of the Rome Convention.²⁰ The reason to justify the connecting factor as the first criterion to determine the law applicable to international contracts in the Rome I Regulation is the ‘preventive legal security’. The parties will be able to comply with the obligations agreed in the contract. The parties are aware, *ex ante*, of the applicable law to the contract without relying on the law that a judge or arbitrator will determine as applicable. The party autonomy in conflict of contract laws enhances the good administration of Justice since the judge or arbitrator are fully aware of what specific law should govern the contract, i.e. the one chosen by the parties. The choice of law allows the contracting parties to submit their legal relationship to the ‘most appropriate substantive law’ to their interests.²¹

14. The main reasons to choose a specific State law as the applicable law to the contract are the following:

- (i) Companies can submit all their contracts to the same State law avoiding transaction costs through a ‘standardisation’ of the applicable law while benefiting from the economies of scale in drafting the contracts.²² The reasoning behind such connecting factor is clearly based on the efficiency in terms of costs of conflict. The contract has an impact on contracting parties, allowing them to choose applying the “most adequate law” to their contractual relationship according to their interests.²³
- (ii) Parties can choose a ‘neutral’ law to their interests, eg the most advantageous one that could be a the law of a State that has ratified an specific international convention;²⁴ thus, it is common that contracts for the carriage of goods by sea are subject to English law and jurisdiction since the judge does not have the power to complete or correct the wording of contract clauses. Each contracting party prefers applying the law that they better know (i.e. their national law or the one they are familiarised with). The application of their home law reduces the information and legal advice costs. The parties prefer avoiding additional expenses for being informed about a foreign law that increases their global “cost of

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 2016, pp. 901-905 (hereafter “CALVO & CARRASCOSA”); J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, 2009, pp. 117-124 (hereafter “CARRASCOSA”).

¹⁹ Vid. O. LANDO, “The conflict of laws of contracts: general principles”, 189 RCADI, 1984, pp. 225-447; *id.*, “International Encyclopedia of Comparative Law”, vol. III, Ed. Lipstein, 1976, Chapter 24 ‘Contracts’; P. A. NIELSEN and O. LANDO, “The Rome I Regulation”, 45 Common Market Law Review, 2008, p. 1687; H. BATIFFOL, “Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé comparé”, Sirey, 1938, pp. 20-25; *id.* “Unilatéralisme et contrats en droit international privé”, *Liber amicorum* Adolf F Schnitzer, Librairie de l’Université de Genève, 1979, pp. 7-31; *id.* “Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats”, *Choix d’Articles rassemblés par ses amis*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1976, pp. 249-263.

²⁰ Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 OJ 1980 L 266/1, consolidated version OJ 1998 C 27/34 (Rome Convention).

²¹ P. MAYER and V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 2004, pp. 515-531 (hereafter “MAYER & HEUZÉ”); CALVO & CARRASCOSA (note 18), pp. 90-905; CARRASCOSA (note 18), pp. 117-124.

²² D. HOLLEAUX, J. FOYER, and G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit International Privé*, Masson, 1987, pp. 592-594; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, in J. D. GONZÁLEZ CAMPOS et al. (eds.), *Derecho internacional privado, Parte especial*, 6th edn, Eurolex, 1995, 143-208; *id.* “Artículo 10. Apartado 5”, in M. ALBALADEJO and S. DIAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 2nd edn., vol. I, Edersa, 1995, pp. 609-694.

²³ MAYER & HEUZÉ (note 21), p. 514; D. BUREAU and H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I Partie générale, Presses Universitaires de France, 2007, p. 534; B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, vol. 186, *Recueil des cours de Droit International*, 1984, pp. 219-398, at pp. 291.

²⁴ J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire de droit international*, vol. 1, Encyclopedie Dalloz, 1998, pp. 1-50.

conflict”.²⁵ Such choice “strives for positive economies of scale” and “does not express any evaluation that other laws are better or worse than its home law”.²⁶

- (iii) The law of the country of origin or residence of the parties is their preferred one, since the additional cost to research and adapt the contract to a foreign law entails additional costs;²⁷ the contracting parties can take into consideration the “substantial content” of the applicable law promoting a “free competition between State laws” that favours the parties’ interests.²⁸ The States are, in principle, indifferent to a choice of law between the contracting parties since they have no public access to the choice of their *lex fori* and cannot tax it.²⁹ However, the States have an indirect interest to increase their tax revenue from a legal industry or specialised market at a global or regional level.³⁰

4. Material or substantive party autonomy

15. The EU has legislated on party autonomy in conflict of contract laws with the Rome I and Rome II Regulations in the field of contractual obligations, but not substantive party autonomy as a last resort. That is to say, the scope of material autonomy is marked not by EU Law but by conventional or domestic law. To what extent can parties agree to a limitation of liability? Is it limited by EU law? No; it is limited by the different applicable domestic laws. Material party autonomy is not regulated at the EU level, unlike the party autonomy in conflict of contract laws concerning the freedom of will to agree to attributive jurisdiction or Alternative Dispute Resolution (ADR). The choice of law offers reasonable comfort to the parties but not concerning material party autonomy for substantively or materially negotiated contractual clauses (e.g. the right to standardised contract forms). There is also no pattern of material harmonisation for the singularisation of the contractual relationship. This creates dysfunctions in the shipping market.

16. The time-bar for cargo claims, a substantive and non-procedural issue, constitutes an example of the exercise of a non-contractual claim. There are as many answers as domestic laws. We have no global agreement and the Rotterdam³¹ (still not in force) or Hamburg³² Rules do not provide a solution in that respect. We also have no rule on limitation in EU Law. The Rome I Regulation only states that the law applicable to the statute of limitations is the law applicable to the contract. Then, the material scope of the conflicting choice of law arises since there is no material harmonisation on that issue.

17. The freedom of choice of law by the parties according to Article 3 of the Rome I Regulation is applicable to *ad extra* EU “international” contracts and *ad intra* EU “domestic contracts” “where all other

²⁵ L. F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Real Colegio de España, 1994; *id.*, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis de la jurisprudencia”, *Revista del poder judicial*, vol. 74, 2004, pp. 11-46 (hereafter “CARRILLO”); R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl und des mangels Rechtswahl anwendbarer Recht (Rom I-Verordnung) Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung”, *IPRax: Praxis Des Internationalen Privat-Und Verfahrensrechts*, vol. 28, 2008, no. 5, pp. 377-386.

²⁶ P. MANKOWSKI, “Article 3”, in U. MAGNUS, and P. MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation - Commentary, European Commentaries on Private International Law (ECPII)*, Otto Schmidt, 2017, pp. 120-121 (hereafter “MANKOWSKI”).

²⁷ G. WAGNER, “The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law”, *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, no. 5, pp. 995-1023; CARRILLO (note 25), pp. 33-44.

²⁸ CARAVACA & GONZÁLEZ (note 18), pp. 901-905; GONZÁLEZ (note 18), pp. 117-124.

²⁹ G. RÜHL, “Wettbewerb der Rechtsordnungen im Vertragsrecht: Wunsch und Wirklichkeit?”, in W. A. KAAL, M. SCHMIDT and A. SCHWARTZE (eds.), *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner*, Mohr Siebeck, 2014, pp. 975-993, at p. 979.

³⁰ A. OGUS, “Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, *ICLQ* 48, 1999, p. 405, at p. 408; *id.*, “Economic Analysis and Comparative Law”, in *D’ici, d’ailleurs, harmonisation et dynamique du droit, Mélanges en l’honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 169, at p. 172; G. RÜHL, *Statut und Effizienz: ökonomische Grundlagen des internationalen Privatrechts*, vol. 95, Mohr Siebeck, 2011, p. 234; in CARASCOSA (note 17), pp. 209-211; in MANKOWSKI (note 26), pp. 120-121.

³¹ The 2008 Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea was adopted in New York on 11 December 2008.

³² The United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (‘The Hamburg Rules’) approved in Hamburg, 30 March 1978 that entered into force on 1 November 1992.

elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States”. EU law is applicable to the latter “where appropriate as implemented by the Member State of the forum” and “cannot be derogated from by agreement” according to Article 3(4) of the Rome I Regulation.

18. The main limitations on party autonomy are based on public policy (*ordre public*) and the overriding mandatory rules of the forum. These are not choice of law rules. Article 9 of the Rome I Regulation (overriding mandatory provisions) “narrowed the expanse of private empowerment” by means of “provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract”. Those rules may override a choice of forum or the choice of law when a court thinks this makes sense in terms of the policies they express. The multiplication of overriding mandatory rules has faded the lines between *ad intra* and *ad extra* EU contracts. Sovereign regulatory surpass national borders due to the appearance of “new forms of market regulation or the growing interconnectedness of local economies”.³³ In the absence of a choice of law for a jurisdiction or arbitration agreement, separately from the law applicable to the charter party or the B/L, the court or arbitral tribunal can decide the applicable substantive law, as provided by institutional rules of the different domestic laws.³⁴

II. A particular note on maritime arbitration and applicable law

1. Party autonomy and maritime arbitration

19. Party autonomy is divided between the following, as already explained: (i) procedural, where there is a choice between jurisdiction and ADR methods (Does arbitration [entrusted with laws and procedures] prevail? No maritime accidents have been resolved by arbitration. The procedural rule is the Brussels I Recast Regulation, with national civil procedure codes being applied subsidiarily [e.g. the declination of jurisdiction in Spain according to its civil procedure law]), (ii) in conflict of contract laws (referring automatically or not to the applicable law by the arbitrator) and (iii) material autonomy is composed of industry clauses provided by BIMCO,³⁵ INTERTANKO³⁶ or INTERCARGO.³⁷

20. We lack mechanisms having a minimum legal certainty, so we must look in areas where there are unresolved issues. The CJEU provides interpretive guidelines on the Regulations. The Vienna Convention of the Law of Treaties of 1969 also contains interpretation guidelines for international instruments. We have a sum of very different regulatory elements that are difficult to reconcile with one another. When do we apply the *lex fori*? We can choose among the ‘law of the siege of the institution’ (French Law since the International Chamber of Commerce [ICC] headquarters are in Paris), the *lex situs* or a mixed system.

21. Which rules and procedural autonomy of the parties must be addressed? The contract can be governed by the *lex mercatoria* or the UNIDROIT Principles,³⁸ for instance. In the United Kingdom (as well as in other common law jurisdictions such as the United States), the *lex mercatoria* may constitute

³³ H. MUIR WATT, “Party autonomy”, in J. BASEDOW *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, pp. 1336-1341, at pp. 1337-1338.

³⁴ For instance, according to Articles 28(1) and (2) of The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration adopted on 21 June 1985, and recognised in Resolution No. 40/72 by the 112th plenary meeting of the UN General Assembly on 11 December 1985 (UN document A/40/17), as amended by the bill approved in the UN General Assembly in Resolution No. 61/33 from 18 December 2006 (UN Document A/RES/61/33).

³⁵ Baltic and International Maritime Council (BIMCO).

³⁶ Independent Tanker Owners Association (INTERTANKO).

³⁷ International Association of Dry Cargo Ship owners (INTERCARGO).

³⁸ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994, 2004, 2010, and 2016 eds) drafted by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), an independent intergovernmental organisation.

a selection of law. For the European continental law, it does not constitute a State law. The Rome I Regulation³⁹ follows this, since it involves the choice of State law, although in the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (known as the Mexico Convention) signed in 1994, the possibility of a contract without State law was agreed to, allowing the choice of the *lex mercatoria*. Article 7 states, ‘The contract shall be governed by the law chosen by the parties.’ However, this Convention is only in force in Mexico and Venezuela.

2. Determination of the applicable law by the arbitral tribunal

22. First, it is necessary to reflect on the margin of discretion available to arbitrators in the process of determining the law applicable to the substance of the dispute or the dispute submitted to such arbitration. Second, the degree of discretion to be taken by the arbitral tribunal in respect of the conventional provisions incorporated into the contract in question or imperatively applicable thereto should be determined.⁴⁰

23. In this area of study, English doctrine and jurisprudence has delineated four major problems, with the most conflicting aspects needing to be resolved in relation to the determination of the applicable law in the context of a maritime arbitration process: determining ‘the law of the agreement to arbitrate, the law of the arbitral proceedings, the law of the subject matter under dispute, and the conflict of laws rules applicable to the above’.⁴¹

24. The parties can select, within the framework of the arbitration agreement, the law that must govern the contract (governing law), either directly or well inferred indicatively through the normative elements present in the contract in question.⁴² The practice demonstrates the frequent use of floating choice of law clauses, which allow the parties (or one of them, or the arbitrator him or herself) to select in a discretionary manner the law applicable to the eventual controversy.⁴³

25. The law applicable to a maritime arbitration process under the discretion of the arbitrator, not the substantial law of the case, as indicated by both doctrine and common law jurisprudence,⁴⁴ should be defined according to the law of the agreement to arbitrate, the law of the arbitral proceedings, the law of the subject matter under dispute and the conflict of laws rules applicable to the above.⁴⁵ The *arbitrability* of the dispute must be appreciated to ensure the subsequent execution of the award. Nevertheless, practice shows the frequent use of floating choice of law clauses⁴⁶ that allow one or either parties, or even the arbitrator, to select on a discretionary basis the law applicable to any controversy.⁴⁷

26. In the absence of an express determination by the parties, the presence of an arbitration clause operates as an indicative criterion for the existence of an implied choice of applicable law in favour of

³⁹ 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). The Rome I Regulation (EU Regulation 593/2008) came into force on 17 December 2009, and is applicable to all EU Member States except Denmark.

⁴⁰ A widely held opinion on maritime doctrine is reflected in R. JAMBU-MERLIN’s reflection in ‘L’Arbitrage Maritime’, VV.AA.’ in *Etudes Offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 401 *et seq.*, where he states, ‘L’arbitre, même lorsqu’il n’est pas amiable compositeur, même s’il doit respecter le droit, peut l’adapter avec la connivence des parties.’

⁴¹ W. TETLEY and R.C. WILKINS, *International Conflict of Laws: Common, Civil, and Maritime*, International Shipping Publications, 1994, pp. 385–423 (hereafter “TETLEY & WILKINS”); *vid.*, *ad ex.*, L. COLLINS, *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 1994 (hereafter “COLLINS”).

⁴² The principle of party autonomy in the context of carriage of goods by sea has been analysed by the doctrine in order to determine the applicable law, *vid. ad ex.*, D. C. JACKSON, *Enforcement of Maritime Claims*, Informa Law from Routledge, 2013.

⁴³ M. N. HOWARD, “Floating Choice of Law Clauses” *Lloyd’s Maritime & Commercial Law Quarterly*, 1995, pp. 1 *et seq* (hereafter “HOWARD”).

⁴⁴ The arbitration clause provides for the substantive governing law while the *Lex Arbitri* guides the arbitration process.

⁴⁵ TETLEY & WILKINS (note 41), pp. 385–423; COLLINS (note 41).

⁴⁶ A. BRIGGS, “The Validity of ‘Floating’ Choice of Law and Jurisdiction Clauses”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, no. 4, 1986, p. 508.

⁴⁷ HOWARD (note 43), pp. 1 *et seq*.

the place of arbitration. The parties assume that the arbitrators shall apply the law more familiar or close to their knowledge.⁴⁸ The place chosen in the contract for arbitration may be decisive in *establishing* the law applicable thereto, as well as any dispute arising.⁴⁹ When determining the applicable law, the doctrine distinguishes among theories of localisation, delocalisation, or denationalisation of international arbitration. Tetley⁵⁰ highlights three normative frameworks to analyse in relation to the frequency of disputes regarding the determination of the law applicable to such arbitration proceedings: a) ‘standard charter party forms’, b) international conventions and c) national laws.

III. Direct actions and the compulsoriness for third party claimants of a dispute resolution and choice of law clauses in an insurance contract

1. Extra-European Union proceedings

27. The English Court of Appeal’s case *Yusuf Çepnioğlu*⁵¹ involving non-EU actions follows the intra-EU *Front Comor*⁵² (where an arbitral tribunal awarded equitable damages following the breach of an exclusive London arbitration agreement) and the *Gazprom*⁵³ judgments (where a Lithuanian court enforced an anti-suit injunction rendered by Swedish arbitrators’ following the breach of a Swedish arbitration clause). The case serves as an example concerning cargo claims involving an insurance policy containing an arbitration and applicable law clause solved by an EU Member State court involving a non-EU country.

28. The *Yusuf Çepnioğlu* vessel became a total loss after casting its cargo into the Ionian Sea after it *ran* aground on the coast of Mykonos. Turkish charterers, in breach of the London arbitration clause and by means of Turkish law, claimed direct compensation from the Luxembourg-based P&I Club that insured the Turkish ship owner’s vessel. The English Court of Appeal dismissed the appeal against the previous decision⁵⁴ while issuing an anti-suit injunction to restrain the charterers from taking action in Turkey against the P&I Club (thus, in this case the proceedings did not take place in the courts of another EU Member State).

29. The English Court of Appeal held that there was a breach of contract by the charterers because they were bound by the insurance contract between the ship owners and the P&I Club. Having foreign provisions alienates the purpose of having an arbitration clause since it is part of the rights acquired by the insurer from the insured through subrogation.

30. A charterers’ claim has to be *characterised* in order to know whether it was a contractual. The Court of Appeal decided to characterise the claims as tortious, making the victim a third party to the insurance contract. The victim claimed a lack of benefits for him from such contract, agreeing with the insurer’s intentions, rather than adopting the charterer’s point of view and considering the insurer a third party liable in tort as a consequence of another’s wrongdoing. Whereas, under Article 13(1) of the Brussels I Recast Regulation, ‘in respect of liability insurance, the insurer may also, if the law of

⁴⁸ R. ASARIOTIS, “Contracts for the Carriage of Goods by Sea and Conflict of Laws: Some Questions regarding the Contracts (Applicable Law) Act 1990”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, no. 26, 1995, p. 293.

⁴⁹ J. M. RUIZ SOROA, S. ZABALETA SARASUA and M. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2 Vitoria-Gasteiz, 1989, p. 130.

⁵⁰ W. TETLEY, “Charterparties and choice of law”, *Il Diritto marittimo*, vol. 94, no. II, 1992, pp. 1146-1189.

⁵¹ *Shipowners’ Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat VE Ticaret AS (The Yusuf Çepnioğlu)* [2016] EWCA Civ 3861 Lloyd’s Rep. 641.

⁵² *West Tankers Inc v Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica Sicurta)* [2012] EWHC 854 (Comm).

⁵³ Judgment of the CJEU of 13 May 2015, C-536/13, *Gazprom OAO v Lietuvos Respublika* [2015] EU:C:2015:316, 1 Lloyd’s Rep. 610.

⁵⁴ [2015] EWHC 258 (Comm); [2015] 1 Lloyd’s Rep. 567.

the court permits it, be joined in proceedings which the injured party has brought against the insured'. The second view was justified in another case pending on appeal under Supreme Court's permission.⁵⁵

31. There could be a transfer of the rights of the insured against its liability insurer to the party who has suffered the loss as a result of the insured's breach of contract or tort in case of insolvency⁵⁶ or winding up of the insured, according to the 1930 English Third Parties (Rights Against Insurers Act), which has been replaced by the 2010 Act since 1 August 2016. In Briggs's opinion, the Court of Appeal wrongly concluded that the charterers were bound by the arbitration agreement characterising the charterer's contractual claim under the 2012 Turkish Insurance Contract Law, with the insurance contract as the cause of action including the dispute resolution clause. According to the common law rules of PIL, the victim of the tort (ie the charterers), who were a party to the contract of insurance, could choose to claim in tort against third parties to such tort (i.e. the insurers), making them personally liable by the principle of *lex delicti commissii*.

32. According to Article 4(1) and (2) of the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations, the common habitual domicile was in Turkey, although the accident took place in Greece:

'The law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur. However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply.'

33. Liability was determined according to the scope of the law applicable, as stated in Article 15 of the Rome II Regulation. The issue at stake was that the claimant never agreed and bound itself to arbitrate the claim filed at court. Briggs disagrees with the outcome of *The Yusuf Çepnioğlu* decision. In the present case, providing a third party with a direct claim against the other party's insurer does not necessitate assuming that the beneficiary of the statutory right is subject to a dispute resolution clause that he did not negotiate. The issue of common law principles of characterisation for the purpose of choice of law in the context of the Rome I and Rome II Regulations will be the subject of future judicial scrutiny.⁵⁷

34. Assuming that the victim would be obliged to sue according to the dispute resolution clause of the insurance contract, a further twist occurs in characterising such a clause as contractual or non-contractual, since the Rome I Regulation in its Article 1(2)(e) (unlike the Rome II Regulation) contains an exception for 'arbitration agreements and agreements on the choice of court'. A contractual obligation would be subject to the common law choice of law rules considering the overriding effect of the Brussels I Recast Regulation. A non-contractual obligation would be determined according to Article 4 concerning the law applicable to non-contractual obligations arising out of tort or delict, extending the measures that a court can take to prevent or terminate injury or damage under Article 15(d) of the Rome II Regulation.

35. It should be pointed out that, according to Article 18 of the Rome II Regulation, the party that has suffered the damage can choose to bring a direct action against the insurer of the person liable to provide compensation if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to

⁵⁵ *Hoteles Piñero Canarias SL v Keefe* [2015] EWCA Civ 598; [2016] Lloyd's Rep. IR 94; [2016] 1 WLR 905.

⁵⁶ In *Stichting Shell Pensioenfonds v Kryssi* [2015] AC 616, [32]; [2014] UKPC 41, the Dutch company Shell invested funds in a British Virgin Islands company, part of Bernard Madoff's businesses. The respondent liquidator's appeal at the British Virgin Islands–Eastern Caribbean Court of Appeal was dismissed since the British Virgin Islands' company became insolvent, and it would be wound up under the law of such jurisdiction, confirming that there was no basis to complain about the anti-suit injunction ordered by the court to prevent Shell from commencing proceedings in the Netherlands; A. BRIGGS, "Judicial Assistance Still in Need of Judicial Assistance", *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, no. 2, 2015, pp. 179–193.

⁵⁷ A. BRIGGS, "Direct Actions and Arbitration: All at Sea", *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, no. 3, 2016, pp. 327–331.

the insurance contract so provides. A choice of law between the parties to submit their non-contractual obligations before the harmful event occurs shall not prejudice the rights of third parties under Article 14(1) of the Rome II Regulation.

36. The CJEU's case law has interpreted such choice of law agreement as entitling the victim to bring a direct action by reference to one of those laws, even in the case of such action being precluded by the other law.⁵⁸ This case deals with an action brought outside the EU, and Article 18 of the Rome II Regulation would be unlikely to be applicable. Assuming that English law would be applicable to the anti-suit claim, it is arguable whether 'the foreign claimant behaved unconscionably or not in light of the circumstance that an English claimant in an identical position would have the right to invoke a direct action under the law applicable to the tort committed against him.' It would be almost certain that Turkish Law would be applicable according to Article 4 of the Rome II Regulation, even if the law applicable to the insurance policy would prohibit it.

37. A clear and express choice of the arbitration place must be taken according to the Rome I Regulation, but it is uncertain whether or not the B/L choice of law is binding for the B/L holder. Article 27 (review clause) of the Rome I Regulation states that certain issues should have been reviewed by 2010 ('a report on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person'), and by 2013 ('the law applicable to insurance contracts and an assessment of the impact of the provisions to be introduced, if any; and an evaluation on the application of Article 6, in particular as regards the coherence of EU law in the field of consumer protection'). According to Article 19 (subrogation):

'Where a person (the creditor) has a non-contractual claim upon another (the debtor [or insured]), and a third person has a duty to satisfy the creditor, or has in fact satisfied the creditor (the insured) in discharge of that duty, the law which governs the third person's duty to satisfy the creditor [the law applicable to the insurance contract] shall determine whether, and the extent to which, the third person is entitled to exercise against the debtor the rights which the creditor [the insured] had against the debtor under the law governing their relationship.'

38. Dickinson points out that the absence of any reference to the Rome I and Rome II Regulations in this case 'should lead lawyers and judges in future cases to treat the outcome and reasoning with distinct caution'.⁵⁹ Brigg's⁶⁰ and Dickinson's⁶¹ opinions (concerning the beneficiary of a statutory right who is not subject to a dispute resolution clause of the insurance contract that he never negotiated) are supported by the CJEU's *Assens Havn* case⁶² in the EU context. The judgment, where domestic law was applicable even though the P&I Club's insurance policy provided for English law, is introduced in the next subsection.

2. Intra-European Union proceedings

39. Following the *Yusuf Çepnioglu* judgment concerning extra-EU actions in breach of an arbitration clause, a different scenario is illustrated by the CJEU case law involving intra-EU actions where the party that suffered damage was not bound by the insurance policy and the jurisdiction and applicable law clauses contained therein. A Swedish company, Skåne Entreprenad Services AB (the charterers), chartered tugs and lighters in connection with the transportation of sugar beet between the Danish ports of Naksov and Assens in 2007. The Port of Assens suffered damages and brought a direct action against

⁵⁸ Judgment of the CJEU of 9 September 2015, C-240/14, *Eleonore Prüller-Frey v Norbert Brodnig and Axa Versicherung AG* [2015], ECLI:EU:C:2015:567, WLR (D) 377 at [44].

⁵⁹ A. J. DICKINSON, "The Right to Rome? The Law Applicable to Direct Claims against Insurers and Anti-Suit Injunctions (the Yusuf Cepnioglu)", 132 *Law Quarterly Review*, 2016, pp. 536-541.

⁶⁰ *Vid.* A. BRIGGS (note 36), pp. 327-331.

⁶¹ *Vid.* A. J. DICKINSON (note 38), pp. 536-541.

⁶² Judgment of the CJEU of 13 July 2017, C-368/16, *Assens Havn v Navigators Management (UK) Ltd* [2017], ECLI:EU:C:2017:546.

the P&I insurers at the *Sø-og Handelsret* (Maritime and Commercial Court of Denmark) seeking compensation, since the charterers of the tug went into liquidation.

40. The court dismissed the action since the P&I policy provided for the exclusive jurisdiction of the High Court of England and Wales and governance by the law of England and Wales (under the terms of the 1906 English Marine Insurance Act). The Port of Assens appealed the decision to the Højesteret (the Supreme Court of Denmark), which stayed proceedings and referred the question of whether a party bringing an action against an insurer is bound by the exclusive jurisdiction agreement of the insurance policy to the CJEU.⁶³

41. According to Articles 8 to 10 of the Brussels I Regulation the insurer may be sued in the place where the harmful event occurred or where the victim is domiciled. Article 13(5) makes derogation from a general jurisdiction agreement possible since Article 14(2)(a) includes insurance contracts covering the liability arising out of the use or operation of the ships. Without referring to Articles 13(5) and 14(2)(a) of the Regulation, the CJEU restricted derogation from the jurisdictional rules concerning insurance by applying Article 11(2) of the Brussels I Regulation, which allows direct actions by the injured party against the insurer (when domestic law provides for it) in order to protect the economically and legally weaker party. However, Article 23(5) states that agreements or provisions conferring jurisdiction shall have no legal force if they are contrary to Article 13 of the Regulation. The Port of Assens never agreed to the insurance policy, and the text of Brussels I Recast Regulation maintains similar wording to the Brussels I Regulation. It remains unclear whether the exclusion of arbitration in the Brussels I Recast Regulation would lead to a different decision.⁶⁴

IV. Limitations on choice of forum and arbitration agreements based on the the identity of the shipping carrier

1. Introduction

42. The importance of clearly identifying the contractual carrier is paramount to recover any damages, delay, or loss affecting the cargo by any claimant. It will be equally difficult enforcing a jurisdiction or arbitration clause included in a B/L if the parties are not clearly defined in the contract for the carriage of goods by sea constituting a limitation on party autonomy. The B/L may serve as evidence of the contract of carriage with the charterer or the shipowner, but this evidence varies depending on the law of the forum where the shipper brings a cargo claim. The B/L signatory party may be sued in contract unless a Demise or 'Identity of the Carrier' Clause is included.

43. A cargo claimant may sue the contractual carrier that issued the B/L or the actual carrier, normally the charterer, in tort.⁶⁵ The 'Demise Clause' normally allocates responsibility for B/L liability to the shipowner instead of the charterer. Therefore, inclusion of the demise clause in the B/L is seems to be favourable to correctly identify the responsible party in cargo claims. However, Article III(8) of the Hague-Visby Rules⁶⁶ are applicable to Demise Clauses in certain countries rendering void any term of a carriage contract, which purports to limit the obligation to a lower standard than the ones required

⁶³ T. MILLER, C. PRIMIKIRIS and B. CAMELI, "The European Court of Justice – Assens Havn -v- Navigators Management (UK) Limited C-368/16", *Shipping Case Digest*, August 2017 edn.: <www.hilldickinson.com/insights/Articles/european-court-justice-assens-havn-v-navigators-management-uk-limited-c-36816> accessed 26 December 2017.

⁶⁴ J. O'KEEFE and C. CRANE, "CJEU Ruling Exposes Liability Insurers to Direct Actions across the EU", *Knowledge Bank, Sector Insights*, INCE & Co, 7 September 2017: <www.incelaw.com/en/knowledge-bank/cjeu-ruling-exposes-liability-insurers-to-direct-actions-across-the-eu> accessed 26 December 2017.

⁶⁵ K. SATORI, "The demise clause in Japan", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1998, pp. 489-498.

⁶⁶ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading signed at Brussels on 25 August 1924 ('the Hague Rules') 51 Stat 223, vol. 120 LNTS, p. 155, amended by the Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading signed at Brussels on 23 February 1968 ('the Visby rules') vol. 1412 UNTS, p. 121, and the last Protocol amending the Hague-Visby Rules signed at Brussels on 21 December 1979 ('SDR Visby Protocol') vol. 1412 UNTS, p. 146.

by the Rules.⁶⁷ In other words, the Demise Clause is not recognised in some jurisdictions, making the charterer liable when the contractual counterpart is intended to be the shipowner.

2. General rules in defining responsibilities

44. Indirect liability is established when the B/L serves as evidence of a contract with the shipowner. The shipowner may bring an indemnity claim against the charterer for any monies paid to the shipper as the result of a claim based on charter party terms. Conversely, the charterer may bring an indemnity claim against the shipowner after disbursing compensation to the shipper if there has been a cargo claim under the terms of a head charter party. In other words, the charterer may bring actions against the shipowner under the head charter party if it had paid the shipper for a claim under the B/L.

45. Identifying the actual or contractual carrier may present practical difficulties. A B/L is often signed by the charterer or his or her agent on behalf of the master, making the charterer liable in some jurisdictions. However, in some countries, a B/L may still provide evidence of a contract with the shipowner, depending on the wording in the signature box and the clauses on the back of the B/L. In many countries the carrier has to be the shipowner, although the charterer is always the carrier unless there is a specific agreement, for instance, stating that a concrete part of the voyage is being performed by a main charterer. Furthermore, the charterer and the shipowner may be the carrier in some States.⁶⁸

3. The identity of the charterer and the shipper under Scandinavian law

46. In order to provide an analysis of how the shipping actors have a different legal characterisation the following clarifications are deemed necessary. The definition crosses boundaries between civil law and common law. In English or Spanish law, for instance, the charterer and shipper are treated as different actors. However, Danish and Scandinavian law have a unique method of deciding who the carrier is.

47. Under Scandinavian law, for example, according to sections 285, 286 and 287 of the Nordic Maritime Code (NMC), as in many countries, the carrier will be the charterer (S 321 NMC; ‘the carrier is the person who, through a contract, charters out a ship to another’, ie the charterer; S 324 NMC; if the charterer assigns his right according to a chartering agreement to someone else or sub-charters the ship, the charterer remains responsible for the performance of the contract). The carrier may not assign the chartering agreement without the consent of the charterer. If the charterer has consented, the liability of the carrier under the contract ceases.⁶⁹

4. Comparative case law on the limitations on dispute resolution agreements based on the identity of the carrier

48. The following selected comparative examples have been chosen as examples of how the carrier is characterised in some European countries: England, Germany and Spanish. These examples show how the identification of the carrier may limit commencing proceedings in different fora. It is paramount to identify correctly the carrier.

A) England

49. According to English law, the shipowner is the proprietor of the vessel, as the shipowner

⁶⁷ Vid. C.H. SPURIN, “Chapter V The liability of carriers to cargo owners”, *The Law of International Trade and Carriage of goods*, Nationwide Mediation Academy for NADR UK Ltd., 2004, pp. 87-88.

⁶⁸ Gard Services AS, “A Charterer’s Involvement in Cargo Claims”, 164 *Gard News Insight*, 2001: <<http://www.gard.no/web/updates/content/53043/a-charterers-involvement-in-cargo-claims>> accessed 29 January 2018.

⁶⁹ For more information concerning the liability of the charterer and the carrier in Scandinavian countries, *vid., ad ex.*, A. MØLLMANN, *Delivery of Goods Under Bills of Lading*, Routledge, 2016, pp. 36–39; *vid.* L. GORTON, “The liability for freight”, in U. BERNITZ and J. RAMBERG (eds.), *Festskrift till Jan Ramberg*, Juristförlaget, 1996, pp. 165-184.

always owns it. For instance, in *The Antares* case,⁷⁰ a Demise Clause was present. The charterer was an agent of the shipowner and not the shipowner as the claimants had mistakenly thought based on the charterer's behaviour. The charterer did not mention that he was the charterer and not the shipowner, and the claimants sued the charterer. The charterer was released from any responsibility since two days after the one-year time-bar of the Hague-Visby Rules had passed. The charterer later informed the B/L holders – allegedly on purpose – that it was not the shipowner. This makes applying for an action *in rem* relevant. Choices are made based on an economic analysis of who is worth suing. The Identity of the Carrier Clause and the Demise Clause are relevant in order to sue to bring an action in time before is time-barred.

50. The identity of the carrier is clear when the claimant is the contractual counterparty. Nevertheless, difficulties may arise in sub-chartering scenarios. Where the claimant in a cargo claim is a charterer, its carrier is the party who chartered the ship for him or her. Where the claimant is not a charterer, then the identity of its carrier will appear on the logo heading of the B/L covering the goods and the signature at the bottom of the B/L. In *The Starsin*,⁷¹ the House of Lords held that the signature on the B/L prevailed as evidence of the identity of the carrier for an express 'Identity of the Carrier' Clause contained on the reverse of the B/L. If the actual carrier is different from the legal carrier and there is no privity of contract between the shipper and the actual carrier, the claimant may sue the actual carrier that commits a tort or is in breach of its duties as a bailee in case of being able to prove it. When the shipowner is the actual carrier, it can rely on a dispute resolution clause when it endorses the B/L as a head bailee to the shipper or in the case of sub-bailment on terms.⁷²

B) Spain

51. An endorsee should be influenced by jurisdiction clauses to act in *sensu stricto* when transporting and carrying goods by sea; however, it is unclear and endorsee should accept such clauses under Spanish law. The Spanish Maritime Navigation Act (SMNA)⁷³ supports the transmission of a variety of rights and obligations but does mention party autonomy. Currently, the term 'freedom of will' is often abused to distort acceptance of the contract clauses already accepted by parties. The identification of the responsible party under Spanish law is explained through the judgment No 1098/2008 of the Spanish Supreme Court on 4 December 2008.

52. In this case, the underwriters Aegon Unión Aseguradora, SA de Seguros y Reaseguros claimed for cargo damage during a transport of goods from China to Spain by the Inditex group (Zara). The value amounted to EUR 125,000. Aegon's claim was successful in its claim against Birkart (Far East) Ltd, the freight forwarder, and the AP Møller Group's Maersk Line, the carriers. Maersk España SA, the ship agents, appealed the decision. The basis of the claim was found in Article 586 of the Spanish Code of Commerce,⁷⁴ according to which the ship agent is considered the carrier of goods in Spain, since the new SAMN was not in force. Article 586 of the Spanish Code of Commerce states:

'The shipowner and the shipping agent shall be held civilly liable for the actions of the Master and the obligations contracted by him to repair, fit out and stock the ship, provided that the creditor justifies that the moneys claimed were invested to the benefit of the former.

⁷⁰ *Kenya Railways v Antares Co Ltd (The Antares)* [1987] 1 Lloyd's Rep 424.

⁷¹ *Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd (The Starsin)* [2003] 1 Lloyd's Rep 571.

⁷² *Vid. ad ex. J. COOKE, T. YOUNG, M. ASHCROFT, A. TAYLOR, J. KIMBALL, D. MARTOWSKI, L. LAMBERT and M. STURLEY, Voyage charters* (Informa Law from Routledge 2014) at [85-61 and [85-71]; Y. YVONNE, C. DEBATTISTA, F. LORENZON, A. SERDY, H. STANILAND and M. N. TSIMPLIS, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, Informa Law from Routledge, 2009, at [62-07]; R. AIKENS, R. LORD and M. BOOLS, *Bills of lading*, Informa Law from Routledge, 2015, at chapter 7.

⁷³ Articles 251 and 468 of the Spanish Act 14/2014 of 24 July 2013, on maritime navigation (Official State Gazette No 125 of 26 May 2015).

⁷⁴ The repealed Articles on Spanish private maritime law are contained in Book III of the Spanish Code of Commerce, as modified by supplementary laws, approved by Royal Decree of 22 August 1885 (Gazette numbers 298 to 328, from 16 October to 24 November 1885).

A shipping agent is defined to be the person in charge of stocking or representing the ship in the port where the ship is.'

“AP Moller provided a B/L in which it was not named as such but as the AP Møller group, causing confusion as they belong to the same group. The combined B/L provided by the AP Moller group prevailed over the separate copies of the B/L, which clarified that, in case of non-compulsory application of the Hague–Visby Rules (China has not joined them), the Hague Rules should be applicable, limiting Maersk España’s liability to GBP 22,500.”⁷⁵

53. According to Article 145(1) The SAMN, the shipowner is defined as the ‘party that, whether or not it is the owner, has the possession of a ship or vessel, directly, or through its servants, and uses it for navigation in its own name and under its responsibility’. However, Article 145(2) defined the ship operator or shipping company as ‘the natural or legal person that, using own or third party merchant ships, carries out the operation thereof, even when that is not its main activity, under any mode permitted in international practice’.

54. The definition of the former Article 586 of the Spanish Code of Commerce and Article 3 of the Law on Maritime Transportation⁷⁶ stated that the ship agent was liable to indemnify cargo recipients for any loss, damage or delay in the delivery of the cargo. This was due to the linkage between the ship agent and the ship operator. However, this contrasts with the responsibility of the ship agent in the case of the ship operator or the shipowner being liable for fault or whenever the ship agent does not sign the B/L specifying that is doing so on behalf of the shipowner, the ship operator or the charterer concerning cargo claims. When the agent assumes other functions as a freight forwarder or takes care of port operations, it will be also liable.

C) Germany

55. The basis for identifying the responsible party followed by the German Supreme Court is presented in a case⁷⁷ similar to *The Starsin*. The court held invalid an Identity of the Carrier Clause referring to the shipowner in a B/L that named the charterer as the carrier on its face. The jurisdiction clause provided for the principal place of business of the carrier. The cargo interests sued the shipowner in German courts, which found they did not have competency to hear the case because the individual agreement, by naming the charterers on the face of the B/L, prevailed over the Identity of the Carrier Clause set out in the general terms and conditions of the B/L under German law.

56. English law and jurisdiction were applicable to the case despite the fact that (current) Article 25 of the Brussels I Recast Regulation, referring to trade usages and customs of the sector, was applicable to the individual agreement and English law was applicable to the rest of the contract, including the jurisdiction clause.⁷⁸

V. Conclusions

57. As shown above different practices are in place around the world. A summary of the findings of the previous analysis shows that the bundle of bilateral relations underlying the contract of affreightment constitutes a pattern for material party autonomy.

⁷⁵ J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, “Action Research and Efficient Maritime Transport Contract Negotiation”, in P. A. NIELSEN, P. K. SCHMIDT and K. D. WEBER (eds.), *Erhvervsretlige emner: Juridisk Institut CBS, Djøf / Jurist- og Økonomforbundet*, 2015, pp. 49-63.

⁷⁶ Spanish Maritime Transport Act of 22 December 1949 (Official State Gazette No 358 of 24 December 2015).

⁷⁷ BGH 15 February 2007 NJW 2007, 2036.

⁷⁸ Gard Services AS, “Identity of Carrier and Jurisdiction Clauses in Germany”, 186 *Gard News Insight*, 2007: <<http://www.gard.no/web/updates/content/53413/identity-of-carrier-and-jurisdiction-clauses-in-germany>> accessed 29 January 2018.

58. Firstly, there is a plurality of answers when the parties have intended to set the material conditions of transport, including ancillary operations. It is impossible to disconnect one thing from the other: A legal and contractual operator wants to have a regulatory framework that provides a reasonable expectation of the place and applicable law in case of dispute. The current EU legal framework provides a large scope of party autonomy in conflict of contract laws, but this 'conflictual' autonomy implies a non-harmonised model.

59. Secondly, there is no true model of party autonomy in conflict of contract laws when the conflictual choice is agreed to by the parties or imposed by one of them through a standardised-type contract. For instance, the "law of the forms" promises more than what it can fulfil. The templates developed by large private organisations such as BIMCO, INTERTANKO or INTERCARGO provide no legal certainty in material terms.

60. Thirdly, it shall be noted that where available, anti-suit injunctions are effective in a non-EU context and when the English courts are sought by the parties to restrain proceedings in a foreign non-EU Member State court and to a certain extent to EU Member State courts are found in breach of an arbitration agreement as in the *Gazprom* case. The third party compulsoriness to the choice of law and arbitration clause in the *Yusuf Çepnioglu* case issued by English courts contrasts with the opposite result drawn up by the CJEU's *Assens Havn* case.

61. Fourthly, the importance of clearly identifying the contractual carrier is paramount to recover any damages, delay, or loss affecting the cargo by any claimant. Problems arise in sub-chartering scenarios. In England the signature of the B/L prevails over any Identity of the Carrier Clause. However, when the actual carrier differs from the legal carrier the shipper may sue the first in tort without any obligation to be abided by a dispute resolution or choice of law agreement. A shipowner that endorses a B/L acting as a head bailee may be sued by a shipper in bailment or in sub-bailment on terms when the shipowner becomes a sub-bailee of a head bailee charterer that receives the goods from the bailor (the shipper). The limitations and defences of the Hague-Visby Rules are available to the bailee or sub-bailee including the possibility of relying on the dispute resolution clause when a protective Paramount or Himalaya Clause for the limitation of liability explicitly provide for it but not when the shipowner or charterer are in tort since there is no privity of contract between the tortfeasor and the shipper.

62. Fifthly, Spain's SMNA sets out restrictive conditions for the endorsement of dispute resolution clauses when applicable but it shall be borne in mind that the more liberal Article 25 of the Brussels I Recast Regulation operates when there is a submission agreement in favour of an EU Member State court. The ship agent was legally responsible for any damage to the cargo as the ship operator under the outdated Spanish Code of Commerce and the Spanish Law on Maritime Transportation when the B/L was signed on behalf of the ship owner. The SMNA does not replicate the former applicable legal regime and entrusts different responsibilities to the shipowner, the ship operator and the ship agents.

63. Finally, some jurisdictions such as Germany do not recognise the validity of the Identity of the Carrier Clauses as in the *Starsin* English case, leading to the application of foreign law under Article 25 of the Brussels I Recast Regulation. The German Supreme Court's judgment recognised the jurisdiction and choice of law clause that pointed out to the carrier's principal place of business. The key issue at stake was the validity of the Identity of the Carrier Clause that would lead to the application of German law. However, naming the charterers as carriers in the B/L constituted an individual agreement prevailing over the Identity of the Carrier Clause and thus leading to a valid submission to English law and jurisdiction under Article 23 of the Brussels I Regulation in relation to maritime trade usages and customs.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL

THE PRINCIPLE OF EQUALITY BEFORE THE LAW IN INTERNATIONAL LAW

DOROTHY ESTRADA TANCK

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 02.10.2018 / Aceptado: 26.10.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4622>

Resumen: El principio de igualdad ante la ley es uno de los núcleos centrales del derecho internacional. Este estudio explora la evolución histórica de este principio y la interpretación de los derechos de igualdad ante la ley y de protección igualitaria de la ley, y su relación con la no discriminación, particularmente en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Se explora el trabajo, los avances jurídicos y la jurisprudencia paradigmática de Naciones Unidas y los órganos regionales de derechos humanos en el desarrollo del principio de igualdad ante la ley y sus derechos correlativos. Al mismo tiempo, se identifican ciertos desafíos a la igualdad ante la ley, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, que permanecen en la realidad global contemporánea.

Palabras clave: igualdad ante la ley, igual protección de la ley, no discriminación, derecho internacional, derechos humanos

Abstract: The principle of equality before the law is one of the main cores of international law. This text explores the historical evolution of this principle and the interpretation of the rights of equality before the law and equal protection of the law, and their relation to non-discrimination, particularly in the field of international human rights law. The study explores the work, legal advancements and paradigmatic jurisprudence by UN and regional human rights bodies in the development of the principle of equality before the law and its correlated rights. At the same time, it reflects on certain challenges to equality before the law, both in its factual and its legal dimension, that remain in contemporary global reality.

Keywords: equality before the law, equal protection of the law, non-discrimination, international law, human rights.

Sumario: I. Introducción. II. El principio de igualdad ante la ley desde una perspectiva histórica, conceptual y doctrinal. 1. Historia de la igualdad ante la ley. 2. Revisión conceptual en la normativa y la doctrina jurídica internacional. III. Igualdad ante la ley e igual protección de la ley en el sistema de Naciones Unidas y los sistemas regionales de derechos humanos. 1. Sistema de las Naciones Unidas. 2. Sistemas regionales. IV. Desafíos a los derechos a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Los principios de igualdad y no discriminación son las piedras angulares del derecho internacional y al mismo tiempo son los derechos humanos más ampliamente reconocidos. De hecho, todos los

Estados que son miembros de las Naciones Unidas (NU) han asumido la obligación legal de promover y proteger los derechos a la igualdad y la no discriminación.¹

2. Sobre la base de esas obligaciones, los académicos han equiparado tradicionalmente los derechos humanos de igualdad y no discriminación o los han caracterizado como “dos caras de la misma moneda”.² Otros han criticado esta postura y han afirmado que las leyes de derechos humanos establecen la no discriminación (igualdad negativa) y la igualdad como tal (igualdad positiva) como dos derechos con una naturaleza discernible.³ Se ha formulado otra distinción entre igualdad, igualdad ante la ley e igual protección de la ley, bajo el argumento de que las propias normas de derechos humanos definen cada una en diferentes instancias y determinan su alcance y obligaciones individualmente.⁴

3. Esta última perspectiva se corrobora cuando se revisa la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que incluye el derecho a la ‘igualdad’ en el Artículo 2 e ‘igualdad ante la ley’ y ‘protección equitativa de la "ley" en el Artículo 7. Esta última disposición establece que

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

4. Como tal, el artículo incluye los derechos de a) igualdad ante la ley, b) igual protección de la ley, y en este último aspecto, más específicamente, 1) igual protección contra la discriminación en violación de la DUDH y 2) igual protección contra cualquier incitación a tal discriminación.

5. Por lo tanto, este estudio analizará en el apartado II la evolución histórica, conceptual y doctrinal del principio de igualdad ante la ley; en el apartado III, el desarrollo de los derechos de igualdad ante la ley y la protección igualitaria de la ley en NU y en los sistemas jurídicos regionales de derechos humanos; y en el apartado IV detallará sus implicaciones y desafíos para el futuro, con base en un examen de la jurisprudencia paradigmática en el tema y las normas de derechos humanos revisadas, que conducen al apartado V donde se presentan algunas reflexiones en conclusión.

II. El principio de igualdad ante la ley desde una perspectiva histórica, conceptual y doctrinal

1. Historia de la igualdad ante la ley

6. La igualdad ha sido considerada por Fernández Liesa como uno de los principales valores de la modernidad, que está ‘enraizado en el tejido del ordenamiento desde el derecho internacional clásico’.⁵

¹ Entre los objetivos de la Carta de NU se encuentra que los Estados promoverán el respeto por los derechos humanos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión (artículo 1.3). Asimismo, en los artículos 55 y 56 los Estados Miembros se comprometen a tomar acción para promover los derechos humanos de todas las personas sin distinción.

² Véase, e.g., J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, drafting and intent* (Philadelphia, University of Pennsylvania 1999) 45; LORD LESTER OF HERNE HILL Y S. JOSEPH, ‘Obligations of non-discrimination’, en D. HARRIS Y S. JOSEPH (eds), *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom* (Oxford, Clarendon Press 1995) 565; y W. MCKEAN, *Equality and discrimination under international law* (Oxford, Clarendon Press 1983) 288.

³ M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its development* (Oxford, Clarendon Press 1995) 154. Véase también D. SHELTON, ‘Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos’, en *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 4, 2008, 16.

⁴ G. MACNAUGHTON, ‘Untangling equality and non-discrimination to promote the right to health care for all’, en *Health and Human Rights Journal* (Vol 11, No 2, 2009), disponible en <http://www.hhrjournal.org/index.php/hhr/article/viewArticle/173/257> y véase su artículo para un análisis detallado sobre las implicaciones de la igualdad.

⁵ C.R. FERNÁNDEZ LIESA, ‘Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible’, en *Anuario Español de Derecho Internacional* (No. 32, 2016), p. 59.

7. En efecto, varios son los orígenes de la idea de igualdad. Por citar de manera breve algunos de los más relevantes desde una perspectiva jurídica internacional, cabe recordar que ya desde el surgimiento del Derecho Internacional Público moderno en el siglo XVI, la idea de igualdad fue contemplada en conjunto con la defensa de la dignidad de los seres humanos en América tras la conquista española. Los pensadores Montaigne y Bartolomé de las Casas, defendían una idea de igualdad entre los hombres,⁶ en el primer caso, con base en una ‘humanidad natural secularizada’ criticando la visión del ‘buen salvaje’, propugnada por el conquistador del nuevo mundo, mientras que Fray Bartolomé de las Casas a través de su desaprobación de la afirmación de superioridad cultural de los conquistadores.⁷

8. Referentes importantes son también la Revolución Francesa con su ideario de ‘libertad, igualdad y fraternidad’, y el levantamiento independentista de Estados Unidos que afirmaba que ‘todos los hombres son creados iguales’,⁸ a fines del siglo XVIII, aunque en ambos movimientos la igualdad se entendía constreñida a ciertos grupos, en el primer caso por una concepción centrada en los derechos de la burguesía,⁹ y en el segundo dejando fuera -en la ley y en la práctica- a la población negra a través de un sistema institucionalizado de esclavitud y diferenciación racial.¹⁰ Por ello, aunque suponen avances en cuanto a la normativización jurídica de la idea de igualdad, no sería posible considerarlos como antecedentes directos de la idea universalista de igualdad defendida posteriormente por el derecho internacional de los derechos humanos.

9. Deben referirse también los procesos políticos y constitucionales en América Latina en las primeras décadas del siglo XIX que otorgaron una dimensión normativa a la igualdad formal en su expresión de igualdad ante la ley. Aun así, cabe notar las ambigüedades de esta época pues existían diversos ‘condicionantes de los derechos humanos’, que se han identificado con la posición marginal del individuo en el orden internacional, la concepción de superioridad cultural occidental y la ausencia de una concepción de los derechos humanos. Sin embargo, paralelamente fueron desarrollándose normas en torno a la protección diplomática, la abolición de la esclavitud, la codificación del Derecho internacional humanitario (la normatividad aplicable en el contexto de los conflictos armados), y la protección internacional de las minorías nacionales.¹¹

10. En este contexto, el proceso de universalización de los derechos humanos comenzó propiamente en el siglo XX. La creación de la Sociedad de Naciones en 1919 al término de la Primera Guerra Mundial, significó un avance central en el desarrollo de los derechos humanos, y su formulación de los principios de igualdad y no discriminación se contemplaron como instrumento para la protección de las minorías, papel que en ocasiones ha quedado relegado en la doctrina jurídica internacional contemporánea. En efecto, esta organización internacional en realidad impulsó la transición del derecho internacional de los trabajadores a la creación de la Organización Internacional del Trabajo como sede central de la

⁶ Véase, e.g., A. PELÉ, “Montaigne y Las Casas, dos defensores de la dignidad humana”, en AA. VV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* (Madrid, Dykinson, vol. 3, 2008), pp. 959-974.

⁷ M. BEUCHOT, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Anthropos, 1994, p. 32. Véase también F. VITORIA, *Derecho natural y de gentes*, título original: *Relectiones theologicae, R. P. Fr. Franciscini Victoriae*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1946, pp. 160 y 161; y para un análisis detallado de la relación de la idea de igualdad con el desarrollo de la idea de dignidad en las Américas y particularmente en México, véase R. LÓPEZ SÁNCHEZ, ‘La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española’, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (vol.51, n. 151, 2018), pp.135-173.

⁸ Véase U.S. Declaration of Independence’ y ‘Virginia Declaration of Rights’, así como, e.g., J.P. GREENE, *All Men Are Created Equal: Some Reflections on the Character of the American Revolution*, Oxford University Press, 1976.

⁹ Véase, e.g., J.A. GARCÍA DE CORTÁZAR y SAGARMÍNAGA, ‘La Revolución Francesa. Antinomia de sus ideas: libertad e igualdad’, *Fundación Speiro*, Reuniones 1971, pp. 997-1028., en particular pp. 1014 y sigs.

¹⁰ W.D. JORDAN, *White Over Black: American Attitudes toward the Negro, 1550-1812*, University of North Carolina Press, segunda edición, 2012; y respecto de la postura post-Revolución Americana, véase G.M. FREDRICKSON, *The Black Image in the White Mind: The Debate on Afro-American Character and Destiny 1817-1914*, Harper & Row, Nueva York, segunda edición, 2008.

¹¹ Véase C.R. FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thompson Reuters, 2013, particularmente en los capítulos tercero y cuarto de la obra.

defensa mundial de los derechos laborales, y supuso también un primer paso en el reconocimiento normativo de otros derechos económicos, sociales y culturales, esenciales para la consecución de la igualdad.¹²

11. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y como reacción al genocidio sufrido por la población judía y la tragedia humanitaria derivada de la guerra, los principios de igualdad y no-discriminación se articularon integralmente en diferentes partes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se analizará en el siguiente apartado.

2. Revisión conceptual en la normativa y la doctrina jurídica internacional

12. En cuanto al concepto de igualdad, debe recordarse que la igualdad es una noción relacional. Ello se traduce en que vincula dos objetos, circunstancias o personas, es decir, los ‘pares en comparación’. Por lo tanto, si en cierto caso no existen elementos en comparación, entonces en dicho caso no está implicada una cuestión de igualdad.

13. Consideremos bajo esta luz dos disposiciones fundamentales de la DUDH. La primera es el artículo 2, que establece que

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

14. Como puede observarse, el artículo 2 de la DUDH se refiere al principio general y al derecho concreto de igualdad, y reconoce todos los derechos de la Declaración Universal para todas las personas ‘sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición’. Esta disposición prohíbe la discriminación basada en el estatus, es decir, la “igualdad entre grupos”, (por ejemplo, entre hombres y mujeres,) pero no intra-grupos o entre los miembros al interior de cada colectivo (“igualdad uno-a-uno”, por ejemplo, entre diferentes mujeres individuales).

15. La otra disposición central de la DUDH es el Artículo 7, que reconoce el derecho de todas las personas a la ‘igualdad ante la ley’ así como a la ‘igual protección de la ley’ o la ‘protección igualitaria de la ley’. Los términos del Artículo 7 podrían interpretarse en el sentido de requerir una igualdad positiva,¹³ aunque sus significados precisos no fueron definidos con precisión por los redactores y este punto continúa siendo discutido por la academia actualmente.¹⁴ A pesar de la continua controversia, está claro que la mayoría de los redactores entendieron que había una diferencia entre los conceptos de no discriminación, igualdad ante la ley e igual protección de la ley.¹⁵

¹² Véase a mayor profundidad, G. PECES-BARBA, W. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. ASIS, R., J. ANSUATEGUI, J., C. FERNÁNDEZ LIESA, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV. Siglo XX, Vol. III. ‘El Derecho Internacional de los Derechos Humanos’, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2013, en particular el libro II del Vol. III referido, en el primer capítulo de Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, ‘La Sociedad de Naciones y los derechos humanos’, pp. 1-72.

¹³ En este sentido, véase B.G. RAMCHARAN, ‘Equality and Non-Discrimination’, en L. HENKIN (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press 1981), incluido en S. FARRIOR (ed), *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Vol. 2 (Routledge 2016) 38; así como D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1999).

¹⁴ J. T. MÖLLER, ‘Article 7’, en G. ALFREDSSON Y A. EIDE (eds), *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (The Netherlands, Kluwer Law International, 1999) 153.

¹⁵ Véase G. MACNAUGHTON, ‘Untangling equality and non-discrimination...’, *op. cit.*

16. El análisis de los *Travaux préparatoires* de la DUDH de 1948 y su posterior discurso de los Estados en el escenario de la (antigua) Comisión de Derechos Humanos de NU y la Asamblea General de NU (AGNU) revela que el principal debate jurídico y político sobre el derecho a la igualdad antes de la ley se llevó a cabo en el marco de la negociación de la Convención de la NU para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) durante la década de 1960.¹⁶ En la negociación en 1963 del Proyecto de Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (instrumento precursor de la Convención) dentro del Tercer Comité de la AGNU, los Estados expresaron el entendimiento de que la eliminación de la discriminación racial era una consecuencia natural del principio de igualdad. A modo de ejemplo, Madagascar declaró que "era satisfactorio que el Comité hubiera decidido comenzar su trabajo al examinar un proyecto que reafirmaría muy positivamente ese principio [de igualdad] al dar efecto a las disposiciones de los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal, según los cuales todo el mundo, sin distinción de ningún tipo, tenía derecho a todos los derechos y libertades establecidos en la Declaración Universal y a la *igual protección de la ley*".¹⁷

17. De hecho, durante la década de 1960, la diferenciación racial se convirtió en el campo de batalla donde los países de África y Asia aún bajo dominio colonial podían argumentar a favor de la descolonización basándose en el argumento de la universalidad del derecho a la igualdad y revelando la hipocresía de poderosos Estados colonizadores (pero defensores de los derechos humanos) que pudieran afirmar lo contrario.¹⁸

18. Con la adopción en 1965 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) y su entrada en vigor en 1969 como el primer tratado internacional de derechos humanos en iniciar su vigencia, el derecho de igualdad ante la ley y particularmente el derecho a la no discriminación por raza se convirtió en derecho internacional plenamente vinculante (aunque a lo largo de los años, como es bien sabido, la DUDH también ha adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario como fuente autónoma de derecho internacional público).¹⁹ El artículo 5 del CERD establece específicamente la prohibición de la discriminación racial y la obligación de eliminarla en todas sus formas y de 'garantizar el derecho de toda persona a la *igualdad ante la ley*, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico' en el ejercicio de los derechos protegidos por la Convención. Esta disposición resultaría pertinente para impugnar, por ejemplo, los intentos contemporáneos de negar o pasar por alto los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas, conductas que pueden estar sujetas a la prohibición de la discriminación sobre la base de 'raza, color u origen nacional o étnico'.

19. Como se examinará con más detalle en el siguiente apartado, aparte de la CERD, otros tratados básicos de derechos humanos adoptados a nivel de NU y en los ámbitos regionales, incluyen disposiciones que reiteran el derecho a la igualdad ante la ley y la protección igualitaria de la ley. Particularmente en los primeros años de la construcción internacional de los derechos humanos jurídicamente vinculantes, los dos principales pactos internacionales -sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)-, adoptados en 1966, recogen estos derechos y complementan así el Art. 7 de la DUDH y reafirman la posición de la llamada 'Carta Inter-

¹⁶ Véase 'Equality', en UN HUMAN RIGHTS TREATIES, *Travaux Préparatoires*, University of Virginia School of Law, disponible en <http://hr-travaux.law.virginia.edu/subjects/equality>

¹⁷ Intervención del Sr. Ramaholimihaso (Madagascar), A/C.3/SR.1214, UNGA 18th Session, Third Committee, 1214th Meeting, 27 September 1963, para. 36, disponible en UN HUMAN RIGHTS TREATIES, *Travaux Préparatoires*, University of Virginia School of Law, <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/icerd/ac3sr1214/nid-21>. Énfasis agregado. Traducción propia del inglés.

¹⁸ En este sentido, véase el trabajo de investigación de S. L. B. JENSEN en el libro de este autor, *The Making of International Human Rights: The 1960s, Decolonization, and the Reconstruction of Global Values*. Human Rights in History Series (Cambridge University Press 2016), 3, 51, 137-138, 208, que proporciona un estudio detallado e históricamente fundado, distinto a la perspectiva tradicional más eurocéntrica sobre la construcción normativa de los derechos humanos. Véase también en esta línea a K. SIKKINK, 'El Papel Protagonista de Latinoamérica en los Derechos Humanos', *Revista SUR*, vol. 12, no. 22, 2015, pp. 215-228.

¹⁹ O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 335-342.

nacional de Derechos Humanos' (formada por la DUDH y los dos Pactos) como el fundamento para su desarrollo jurídico. Consecuentemente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada en 1979 como instrumento de no discriminación, también incluye específicamente en su Art. 2.c) y d) el derecho de la mujer a la *igual protección de la ley*, abordando así una de las formas más extendidas de discriminación, en ese momento y en la actualidad, que sigue dando lugar a la desigualdad de género.²⁰

20. Todo lo anterior da lugar a la reflexión acerca de la naturaleza jurídica del principio de igualdad en el derecho internacional, desde la perspectiva de sus fuentes -tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales del derecho- fuentes primarias conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A través de ese lente, se observa que la igualdad ante la ley es un principio y a la vez una norma.

21. En efecto, consideremos que, como explican Gutiérrez Espada y Cervell Hortal, 'si los principios encarnan los valores fundamentales del Ordenamiento [internacional], las normas establecen reglas más concretas, que van regulando la diversidad y pluralidad de situaciones que se producen entre los miembros del grupo social'.²¹ En ese sentido, la articulación de la igualdad ante la ley como principio se constata, entre otros factores, a través de su inclusión en la DUDH, punto centripeto de referencia de los valores esenciales de la comunidad internacional y además considerada hoy en día costumbre internacional, como ya se ha referido.

22. Al mismo tiempo, la igualdad ante la ley es también una norma en el sentido referido, pues está reflejada en reglas específicas que mandatan ciertas conductas en situaciones determinadas. Esta norma es de carácter convencional y también consuetudinario, pues la igualdad ante la ley se contempla en diversas disposiciones jurídicas de tratados internacionales concretos y se refleja también en las Constituciones y en la práctica de varios Estados, como se estudia a lo largo de este texto.

23. La perspectiva aquí expuesta se confirma al observar que la igualdad ante la ley se ha considerado como un principio y como un derecho en numerosas jurisdicciones nacionales,²² así como a nivel de la Unión Europea.²³ Ciertamente, puede considerarse a la igualdad 'como valor, como principio y como derecho fundamental'.²⁴

24. Todo ello sumado al examen que en este artículo se realiza de la jurisprudencia del sistema de NU y los sistemas regionales de derechos humanos, permite concluir que en el derecho internacional público la igualdad ante la ley es un derecho humano específico contenido en normas jurídicas de tra-

²⁰ A lo largo de los años hasta la fecha actual, la consideración del derecho de igualdad ante la ley a nivel de NU se ha centrado en diversos temas; algunos de los principales -basados en el número de referencias al término en instrumentos y debates sobre derechos humanos- incluyen, en este orden: 'personas con discapacidad', 'derechos del niño', 'tortura y otros tratos crueles', 'derechos civiles y políticos', 'desaparición de personas', 'jóvenes', 'discriminación racial', 'personas mayores', 'trabajadores migrantes', 'derechos económicos, sociales y culturales', y sólo con un nivel medio de priorización el tema de 'mujeres'; véase TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE NU, *Travaux Préparatoires*, *op. cit.*

²¹ C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M.J. CERVELL HORTAL, *El derecho internacional en la encrucijada* (Trotta, España 2017), cuarta edición, p. 33.

²² Considérese, e.g., AUSTRALIA LAW REFORM COMMISSION, *Equality before the law*, Sydney, NSW, 1993; I. DÍAZ GARCÍA, 'Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, iusfundamentalidad y consecuencias', *Ius et Praxis*, vol.18, n.2, Chile, 2012, pp.33-76; R. LÓPEZ SÁNCHEZ, 'La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española', *op. cit.* y C.M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, 'Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación', en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 50/51, 2005. pp. 193-2018.

²³ Véase, e.g., R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes* (Paris: L.G.D.J., 2003); y R. LANG, *Complex equality and the Court of Justice of the European Union: reconciling diversity and harmonization* (Brill, Boston, 2018).

²⁴ A. MONTOYA MELGAR (Director), Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (Coordinador), 'La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental', *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Igualdad de Mujeres y Hombres*, (Aranzadi, S.A.U., 2007).

tados internacionales concretos, y confirmado por la costumbre internacional, a la vez que un principio general que permea de forma transversal toda la interpretación del sistema jurídico internacional.

III. Igualdad ante la ley e igual protección de la ley en el sistema de Naciones Unidas y los sistemas regionales de derechos humanos

25. Las disparidades abismales entre las personas que encontramos a nivel fáctico en casos de discriminación múltiple y a menudo inter-seccional y las desigualdades estructurales en oportunidades, tratamiento, recursos, poder y acceso a bienes y servicios básicos en nuestro mundo de hoy, dan testimonio de las violaciones cotidianas a los derechos universales de igualdad ante la ley e igual protección de la ley,²⁵ y nos abren la puerta a una mayor reflexión sobre los instrumentos jurídicos existentes en la materia.

26. Como se mencionó anteriormente, los instrumentos de derechos humanos generalmente contienen dos tipos de derechos que protegen la igualdad de trato. En primer lugar, una prohibición de la discriminación en el disfrute de los derechos establecidos en el instrumento respectivo, como el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en los niveles regionales, el Artículo 2 de la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), el Artículo 1,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La igualdad de trato prevista en estas disposiciones se refiere únicamente al disfrute de los derechos contenidos en cada uno de los instrumentos.

27. Por otro lado, disposiciones como el Artículo 26 del PIDCP, y las similares a nivel regional, establecen un requisito general de igualdad según el cual todos deben estar protegidos por la ley, deben ser tratados por igual ante la ley y todas las leyes deben aplicarse por igual a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación. Si bien en ocasiones la igualdad ante la ley se ha comparado con la igualdad formal (igualdad *de iure*),²⁶ la historia de la redacción de la llamada ‘Carta Internacional de Derechos Humanos’, como se verá a lo largo de este estudio, indica que la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, por lo general, se entienden de una forma amplia como derechos igualitarios que abarcan aspectos tanto de la igualdad de hecho como de derecho.²⁷

1. Sistema de Naciones Unidas

28. En los tratados de derechos humanos de NU, varias disposiciones de distintos instrumentos se refieren a la igualdad ante la ley.²⁸ Pasando a la llamada ‘Carta Internacional de Derechos Humanos’ como centro de atención, recordemos que el PIDCP establece en el Artículo 26 que

Todas las personas son *iguales ante la ley* y tienen derecho sin discriminación a *igual protección de la ley*. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas una protección igual y efectiva contra la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro estatus.

²⁵ Habría que considerar que incluso cuando el mundo ha avanzado en la abolición de las distinciones formales, legales e institucionales sobre las personas -por ejemplo, Mauritania como el Estado que más recientemente eliminó formalmente la esclavitud de su Constitución en 1981-, los movimientos anti-abolicionistas allí y en otras partes del mundo siguen confrontando la esclavitud de las personas negras que aún permanece como una realidad social. Véase, por ejemplo, Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, G. SHAHINIAN, Adición, Misión de seguimiento a Mauritania, A/HRC/27/53/Add.1, 26 de agosto de 2014.

²⁶ L. SLINGENBERG, *The Reception of Asylum Seekers under International Law: Between Sovereignty and Equality* (Hart Publishing 2014) 91, particularmente el análisis en el pie de página no. 15.

²⁷ Véase B.G. RAMCHARAN, ‘Equality and Non-Discrimination’, *op. cit.*, 36-39.

²⁸ Además de los instrumentos aquí analizados, véase la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la discriminación o las convicciones, 25 de noviembre de 1981, la Declaración de la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la raza y los prejuicios raciales, de 27 de noviembre de 1978; y la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, de 18 de diciembre de 1992.

29. La adopción del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el Artículo 7 de la DUDH, enfrentó el debate sobre el significado de los términos “no discriminación”, “igualdad ante la ley” e “igual protección de la ley”.²⁹ No se llegó a un consenso sobre una interpretación exacta de estas diferentes disposiciones.³⁰ Algunos autores han sugerido que bajo el PIDCP “igualdad ante la ley” significa simplemente que la ley debe aplicarse de la misma manera a todos, es decir, que esta parte del artículo no se traduciría en una obligación de igualdad sustantiva sino que estaría dirigida sólo a la implementación. “Igual protección de la ley”, por el contrario, estaría dirigida al poder legislativo interno de los Estados y determinaría obligaciones negativas y positivas.³¹

30. Lo que se puede concluir es que en la redacción del Artículo 26 se confirmó que la ‘igualdad’ en general no obliga a un tratamiento idéntico y permite, en cambio, ‘diferenciación razonable’ entre individuos o grupos de individuos con base en razones pertinentes y significativas.³²

31. Esta ausencia de definición en cuanto al significado de la igualdad, permitió al Comité de Derechos Humanos (CDH, organismo de supervisión del cumplimiento del PIDCP) a emitir en 1989 su Observación General N° 18, “No discriminación”, en la que el Comité detalla su interpretación de los artículos 2 y 26.³³ Si bien proporcionó una definición de “discriminación” basada en las definiciones de la CERD y el CEDAW, e incluso cuando afirmó que los principios de igualdad ante la ley e igual protección de la ley también se incluyen en el Artículo 26, el Comité no definió estos derechos y tampoco clarificó las maneras en las que pueden ser diferenciados de la no discriminación.³⁴ El Comité explica, sin embargo, que los rangos de los Artículos 2 y 26 son distintos, y se interpreta que este último no se limita a duplicar el Artículo 2, sino que encierra un derecho autónomo. De hecho, el Artículo 26

prohíbe la discriminación *de hecho o de derecho* en cualquier campo regulado y protegido por las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones impuestas a los Estados Partes en relación con su legislación y la aplicación de la misma.³⁵

32. Si bien el texto de la cláusula de no discriminación del Artículo 2 del PIDCP establece la obligación de los Estados de brindar protección en la legislación contra la discriminación respecto de los derechos del Pacto, las disposiciones de igualdad del Artículo 26 no se limitan a los derechos del propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que pueden cubrir cualquier área en que el Estado actúe.

33. Como tal, el Artículo 26 no es restrictivo (esto es, considerándolo sólo como parte del igual estatus legal o abarcando simplemente la igualdad ante los tribunales), y más bien es una visión independiente que cubre el principio de igualdad general y no discriminación del artículo 7 de la DUDH, y protege la igualdad más allá de individuos o grupos específicos. En consecuencia, en la evaluación de los informes de los Estados Partes, el Comité de Derechos Humanos ha apoyado la interpretación de que el Artículo 26 involucra no sólo las obligaciones pasivas de evitar la discriminación sino también obliga-

²⁹ M. NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary* (Germany, N.P. Engel, 1993) 462.

³⁰ T.A. CHOUDHURY, ‘The drafting of Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights’, *European Human Rights Law Review* 5 (2002), 602.

³¹ M. NOWAK, *op. cit.*, 466-468.

³² Anexos del documento 10 GAOR, UN Doc. A/2929 para. 34 (1955). Previamente, la Secretaría General de NU había remitido un memorando a la entonces Subcomisión de NU sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, que definió la discriminación de manera similar; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/40, paras. 33-36 (1949).

³³ CDH, Observación General No. 18, ‘No-discriminación’ (1989), UN Doc. No. HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), 146. Véase también CDH Observación General No. 28: ‘Artículo 3 (La Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres) de 2000’; y Observación General No. 32: ‘Artículo 14, Derecho a la igualdad ante cortes y tribunales y a un juicio justo’, de 2007.

³⁴ G. MACNAUGHTON, *op. cit.*, y W. VANDENHOLE, *Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies* (Intersentia 2005) 86.

³⁵ CDH, Observación General No. 18, ‘No-discriminación’, *op. cit.*, para. 7. Véase también en esta misma interpretación A. F. BAYEFESKY, ‘The principle of Equality or Non-discrimination in International Law’ (1990), 11 *Human Rights Quarterly*, en S. FARRIOR (ed), *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Vol. 2 (Routledge 2016) 73.

ciones positivas del Estado respecto a proteger a las personas de forma activa contra la discriminación,³⁶ una opinión que ya había respaldado también en su Observación General N° 4, "Artículo 3 (PIDCP) (Igualdad de género)", adoptada en 1981.

34. Al mismo tiempo, en virtud de la Observación General N° 18, el Artículo 26 no sólo protege la igualdad de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que amplía la garantía de igualdad para incluir también los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Si bien el PIDESC no incluye una disposición de igualdad similar al Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la obligación del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se extiende incluso a los Estados que no son parte del PIDESC, quienes deben respetar los derechos de igualdad del Artículo 26 cuando regulan los sectores económicos y sociales.³⁷ Debe hacerse notar también que en los estados de excepción permitidos por el Artículo 4 del PIDCP permiten la suspensión excepcional de ciertos derechos, pero la igualdad y la garantía de no discriminación del Artículo 26 permanece como un derecho aplicable de forma transversal como una dimensión intangible de todos los derechos del PIDCP.³⁸

35. La jurisprudencia del CDH sobre el Artículo 26 ha sido ampliamente estudiada y se refiere a una amplia gama de temas sobre igualdad, en materia de discriminación sexual y de género, la igualdad con respecto a las diferencias en la sentencias de delincuentes juveniles, a las distinciones en diferentes estados dentro de un país federal,³⁹ a casos relativos a la seguridad social, a la igualdad de derechos de conscriptos y civiles en el servicio militar y alternativo, a la no discriminación en las escuelas públicas y privadas, a la igualdad ante los tribunales, a la igualdad en cuanto a la indemnización o la restitución de la propiedad confiscada⁴⁰, y de forma coherente con la última parte del texto del Artículo 7 de la DUDH (confirmado en el Artículo 20 del PIDCP), se aborda la prohibición de la incitación a la discriminación.⁴¹ Baste decir para los efectos del presente estudio que en general, en dicha jurisprudencia se corrobora la amplia interpretación igualitaria de esta disposición y, como tal, el Artículo 26 ha constituido un punto de referencia para interpretaciones relacionadas.⁴²

36. Volviendo más específicamente al PIDESC, en 2005 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NU (Comité DESC) emitió la Observación General No. 16, "Igual derecho de hombres y mujeres al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales", y en 2009 su Observación General N° 20, "No discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2)", que toma como punto de partida la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos. Sobre la base de la definición del Comité DESC, la 'discriminación' puede ser entendida hoy en día como

cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que se base directa o indirectamente en los motivos de discriminación prohibidos y que tenga la intención o el efecto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en pie de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales.⁴³

³⁶ Véase B.G. RAMCHARAN, 'Equality and Non-Discrimination', en L. Henkin (ed), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press 1981), incluido en S. Farrior (ed), *Equality and Non-Discrimination under International Law*, Vol. 2 (Routledge 2016) 38.

³⁷ En este sentido, véase G. MACNAUGHTON, 'Untangling equality and non-discrimination...', *op. cit.*

³⁸ Véase CDH, Comunicación No. 195/1985, *Delgado Páez v. Colombia*, 12 de julio de 1990.

³⁹ Véase D. SHELTON, *op. cit.*, 31-35.

⁴⁰ Véase, e.g., J. TH. MOLLER, 'Article 7', *op. cit.*, 169-186.

⁴¹ Véase, e.g., del CDH, el caso *Mohamed Rabbae, A.B.S y N.A. v Países Bajos*, sobre la incitación a la discriminación racial, en 'Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2124/2011, CCPR/C/117/D/2124/2011', 29 de marzo de 2017.

⁴² Para un análisis más detallado, véase T.A. CHOUDHURY, 'The drafting of Article 26...', *op. cit.*

⁴³ Comité DESC, Observación General No. 20, 'No Discriminación en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, para. 2)', E/C.12/GC/20, 10 de junio de 2009, párrafo 7, en combinación con el Art. 1 CERD; Art. 1 CEDAW; y Art. 2 de la Convención de NU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Véase también CDH, Observación Gen-

37. Esta definición de la discriminación puede servir para arrojar luz al momento de determinar el alcance exacto de los derechos de igualdad ante la ley e igual protección de la ley en casos dudosos.

38. Posiblemente visto como una limitación a la igualdad ante la ley permitida por el propio derecho internacional de los derechos humanos, nos encontramos con el condicionamiento de ser nacional de un Estado para poder ejercer ciertos derechos políticos como el derecho a votar y a ser votado, o las salvedades permitidas respecto de la libertad de movimiento dentro de un Estado (artículos 25 y 12.1 PIDCP, respectivamente) En el terreno de los DESC, el artículo 2.3 del PIDESC establece que "los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarían los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a los no nacionales". Sin embargo, esta disposición debe interpretarse de manera amplia bajo la obligación general de no discriminación, según la cual el Comité DESC ha declarado claramente que los DESC 'se aplican a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas, los trabajadores migrantes y las víctimas de trata, independientemente de su estatus legal y documentación'.⁴⁴

39. Otros instrumentos de derechos humanos como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en 1990, incluyen el derecho de igualdad ante la ley y la protección igualitaria de la ley, y más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada en 2006, también establece que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación, a la igual protección y el mismo beneficio de la ley" (Artículo 5.1). La Convención sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada también en 2006, tiene en cuenta la igualdad ante la ley, aunque a *contrario sensu*, ya que define como una de las características de esta violación, la de colocar a la persona desaparecida 'fuera de la protección de la ley' (Artículo 2).

40. De forma interesante a efectos de una definición positiva de "igualdad", la CDPD adopta una definición expansiva de discriminación que incluye, por ejemplo, la falta de medidas de acción positiva y la denegación de ajustes razonables para las personas con discapacidad (Artículo 2).

41. De hecho, en su última Observación General N° 6, "Igualdad y no discriminación", adoptada en marzo de 2018, el Comité sobre la CDPD otorga contenido preciso al modelo de "igualdad inclusiva" desarrollado por la CDPD, que abarca la igualdad sustantiva pero también contemplando "(a) una dimensión redistributiva justa para abordar las desventajas socioeconómicas; (b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad;⁴⁵ (c) una dimensión participativa para reafirmar la naturaleza social de las personas como miembros de grupos sociales y el pleno reconocimiento de la humanidad a través de la inclusión en la sociedad; y (d) una dimensión acomodaticia para hacer espacio a la diferencia como una cuestión de dignidad humana".⁴⁶ El Comité también aclara que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 de la CDPD, además de la "protección igualitaria de la ley", el Convenio abarca "el mismo beneficio de la ley", que se refiere específicamente a la obligación de los Estados Partes de "eliminar obstáculos para acceder a todas las protecciones de la ley y los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer los derechos de las personas con discapacidad".⁴⁷

eral No. 18, paras. 6 and 7. Sobre el derecho a la no discriminación sobre la base de la condición de migrante, véase COMITÉ CERD, Observación General No. 30, 'Discriminación contra los no ciudadanos', adoptada el 1 de octubre de 2004 (Comentarios Generales), HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 de mayo de 2005.

⁴⁴ COMITÉ DESC, Observación General No. 20, 'No Discriminación en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, para. 2)', *ibid.*, para. 30.

⁴⁵ Sobre interseccionalidad, y considerando el análisis sobre desafíos para la igualdad presentado en este texto, véase M. CAMPBELL, 'Women, poverty, equality: the role of CEDAW', Oxford (UK), Portland, Oregon, Hart Publishing, 2018.

⁴⁶ COMITÉ SOBRE LA CDPD, Observación General No. 6, 'Igualdad y No Discriminación', Versión avanzada no editada, CRPD/C/GC/6, 9 de marzo de 2018, para. 11. Véase también Observación General No. 1 del mismo Comité sobre 'Igual reconocimiento ante la ley', basada principalmente en el Art. 6 de la DUDH sobre el derecho a la personalidad jurídica.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 16.

2. Sistemas regionales

42. En el plano de los sistemas regionales de derechos humanos, el Artículo 3 de la CADHP, el Artículo 24 de la CADH y el Protocolo 12 del CEDH establecen un requisito general de igualdad según el cual todos deben ser tratados por igual ante la ley y obliga a la ley a proteger a todas las personas por igual. Este derecho también está reconocido en la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés) y en el Artículo 11 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

43. A nivel europeo, la jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación no es extensa. El artículo 14 del CEDH que prohíbe la discriminación tiene un alcance restringido y la jurisprudencia que se deriva de él ha sido algo inconsistente debido a la naturaleza accesoria inicial y la posterior condición autónoma del artículo 14 del CEDH. En un caso inicial ‘Ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica’, decidido en 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró una violación del artículo 2 del Protocolo No. 1 (que garantiza el derecho a la educación) en conjunto con el Artículo 14 del CEDH. Asimismo, se llevaron a cabo interpretaciones posteriores en el sentido de que el Artículo 14 debe entenderse como parte integrante de cada uno de los artículos del CEDH que establecen derechos y libertades.⁴⁸

44. Una cláusula similar al Artículo 14 del CEDH se incluye en el Artículo ‘E’ de la Carta Social Europea Revisada (Parte V), adoptada en 1996. Estas disposiciones, sin embargo, sólo son aplicables en conjunción con otros derechos de los tratados y no de forma autónoma. Más tarde, con la adopción en 2000 del Protocolo 12 al CEDH, se agregó un derecho más amplio a la no discriminación pues se volvió aplicable a cualquier derecho establecido por la ley. Por lo tanto, igual que en la aplicación del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo 12 del CEDH no requiere la conexión con otros derechos convencionales.

45. Algunos ejemplos ilustrativos de los casos judiciales más recientes relacionados con el Artículo 14 se refieren a la discriminación por razón de nacionalidad. A ese respecto, el TEDH ha sostenido que la diferenciación sobre la base exclusiva de la nacionalidad debe ser justificada por los Estados Parte en el CEDH con alguna razón convincente de política pública.⁴⁹ Otros desarrollos recientes interesantes del TEDH incluyen el análisis del tema de la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación contra las mujeres y una violación a la igual protección de la ley (desarrollado de forma similar en los niveles interamericano y africano), así como también casos de personas migrantes indocumentadas, a estudiarse en el siguiente apartado.

46. Recordemos también que el CEDH es vinculante para la UE (y para los Estados Miembros cuando se lleven a cabo acciones dentro del ámbito del Derecho de la UE) mediante el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE).⁵⁰

47. Por su parte, el TUE, en su artículo 2 realiza una proclamación formal de los valores superiores de la Unión, entre los que se encuentran la igualdad y la no discriminación. La igualdad aparece

⁴⁸ Véase, e.g., ICELANDIC HUMAN RIGHTS CENTRE, ‘The right to equal protection and the prohibition of discrimination’, disponible en <http://www.humanrights.is>

⁴⁹ Véase, e.g., TEDH, Caso *Luczak v. Polonia* (Aplic. No. 77782/01), sentencia del 27 de noviembre de 2007, para. 48; Caso de *Andrejeva v. Latvia* (Aplic. No. 55707/00), sentencia del 18 de febrero de 2009. Sobre la relación entre la igualdad ante la ley en el Derecho de la UE y su relación con el derecho internacional y europeo de derechos humanos, véase, por ejemplo, B. DE WITTE, ‘National, EU Citizens and Foreigners: Rethinking Discrimination on Grounds of Nationality in EU Law’, en A. ALLEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN Y W. VERRIJDT (eds), *Liberiae Cogitationes. Liber Amicorum Marc Bossuyt* (Intersentia 2013) 229-240.

⁵⁰ Hay que considerar que, como se ha referido antes, de acuerdo directamente con el Derecho de la UE (aplicable a los –todavía– 28 Estados Miembros de la UE, aunque no a los 19 Estados Miembros restantes del Consejo de Europa cubiertos por el CEDH), el derecho de igualdad ante la ley está consagrado en el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de la UE, "Tratado de Lisboa", en 2009.

referida en dos ocasiones en esta disposición, primero de modo genérico, y posteriormente en su dimensión de igualdad entre mujeres y hombres, esta última vuelve a mencionarse en el art. 3. El principio de igualdad entre Estados Miembros se estipula en el Art. 4 y el de igualdad entre ciudadanos en el Art. 9. Asimismo aparece mencionado el principio de igualdad en el Art. 21 entre las disposiciones de acción exterior de la Unión. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge en su Art. 8, entre sus disposiciones generales, la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, que vuelve a reiterarse entre las disposiciones reguladoras de la política social, los Artículos. 153 y 157. Finalmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, dedica su apartado III a la 'Igualdad' y desarrolla este principio en sus Arts. 20, 21 y 23. A este respecto, cabe recordar también que en el ámbito de la UE se han emitido diversidad de normas de derecho derivado en la materia, entre otras, la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo, de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y de la Comisión contra el racismo y la xenofobia de 11 de junio de 1986, la Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo o la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso de empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.⁵¹

48. Por su parte, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha interpretado que el Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE es un principio general de la legislación de la UE que exige que las situaciones comparables no se traten de forma diferente y que las situaciones diferentes no se traten de la misma manera, a menos que tal trato diferente esté objetivamente justificado. En efecto, en respuesta a una petición de decisión prejudicial, el TJUE ha confirmado en 2016 que la diferencia de trato sólo está justificada si se basa en criterios razonables y objetivos, es decir, si la diferencia se relaciona con un fin legalmente permitido y perseguido por la legislación en cuestión, y si es proporcionada con el fin perseguido con el trato referido.⁵²

49. A nivel interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha contribuido de manera importante a la conceptualización de la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley principalmente a través de sus opiniones consultivas. Es especialmente relevante la Opinión Consultiva N° 4/84 sobre las enmiendas propuestas a las disposiciones sobre la naturalización de la Constitución Política de Costa Rica, adoptada en 1984, que estableció que el artículo 1,1) de la CADH (derecho general a la igualdad) debe mantener conexión con un derecho garantizado por la Convención, mientras que el Artículo 24 de la CADH (igualdad ante la ley y protección igualitaria de la ley) garantiza la igualdad no sólo con respecto al disfrute de los derechos establecidos en la Convención, sino también en relación con la aplicación de cualquier estándar nacional.

50. Como un avance relevante para el derecho internacional de los derechos humanos, la Opinión Consultiva 18/03 'Condiciones jurídicas y derechos de los migrantes indocumentados', adoptada en 2003 (OC 18/03), reafirma el más alto estatus legal del principio de igualdad y no discriminación al concluir que "el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, porque toda la estructura jurídica del orden público nacional e internacional se basa en él y es un principio fundamental que impregna todas las leyes".⁵³

⁵¹ Véase L. GÁLVEZ MUÑOZ, Profesor Titular de la Universidad de Murcia, 'Sinopsis del Artículo 14', Diciembre 2003, y actualizada por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales, enero, 2011, en Constitución Española, disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>

⁵² Véase el análisis sobre el principio de igualdad de trato a los acreedores en procedimientos de insolvencia en TJUE, Sentencia (Sala Cuarta) de 10 de noviembre de 2016, C-156/15, petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Augstākās tiesas Civillietu departaments (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Letonia), mediante resolución de 11 de marzo de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, en el procedimiento entre «Private Equity Insurance Group» SIA «Swedbank» AS; y en TJUE, Sentencia del 17 de octubre de 2013, *Schaible, C-101/12, EU: C:2013:661*, párrafos 76 y 77 y jurisprudencia ahí citada.

⁵³ OC 18/03 de la CIDH, para. 101.

51. En la reciente e innovadora Opinión Consultiva No. 24, 'Identidad de género, igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo', adoptada en 2017, la CIDH concluye que las violaciones a al derecho a la identidad y el derecho al registro del nacimiento violan el derecho de igualdad ante la ley.⁵⁴

52. En el ámbito africano, se debe señalar que la estipulación de no discriminación en el Artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) es el primer derecho esencial al que se hace referencia (incluso antes que el derecho a la vida), y como tal actúa como un derecho transversal, aplicable a todos los demás derechos comprendidos en la Carta. Por otro lado, y de modo más específico, la Carta Africana también reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el Artículo 3.

53. De la misma manera que el Artículo 26 del PIDCP y el Artículo 24 de la CADH, el Artículo 3 de la CADHP actúa como una garantía autónoma de no discriminación e igualdad. Por su parte, el Artículo 12.5 de la Carta Africana reconoce el problema de la expulsión masiva y discriminatoria de extranjeros y el Artículo 18 prohíbe la discriminación contra las mujeres, los niños y las personas con discapacidad y describe las medidas de acción afirmativa con respecto a las personas de edad y las personas con discapacidad.

54. Al mismo tiempo, y a diferencia de otros instrumentos de derechos humanos que se centran casi exclusivamente en el individuo, con una perspectiva más colectiva la Carta Africana prohíbe explícitamente el dominio o la discriminación por parte de un grupo de personas con respecto a otro, incluido a este respecto en el ámbito del desarrollo económico, social y cultural. También es importante para nuestro tema la adopción por la Unión Africana en 2003 de un protocolo separado y detallado sobre los derechos de las mujeres en África, que se centra en el principio de igualdad en términos de sexo y género y prohíbe la discriminación directa e indirecta 'en todas las esferas de la vida' y promueve la acción positiva (Artículos 1,b., 2,d., 9 y 12) para lograr una igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.⁵⁵

IV. Desafíos a los derechos a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley

55. Los derechos de igualdad son aceptados en la mayoría de las Constituciones de todo el mundo, revelando una amplia aceptación del derecho a nivel nacional,⁵⁶ lo cual en sí mismo es un avance considerando el contexto en el cual se redactó el Artículo 7 de la DUDH, marcado todavía por formas legales e institucionalizadas de desigualdad, notablemente la desigualdad racial (a través de la colonización, el *apartheid* y otras formas de segregación) y la desigualdad de género (consideremos que en 1948 la mayoría de los países del mundo ni siquiera habían reconocido el voto femenino, además de muchas otras formas de desigualdades jurídicas que afectan a mujeres y niñas). Aun así, quedan hoy en día muchos desafíos.

56. En los siguientes párrafos, identifico brevemente de forma temática las principales realidades y retrocesos que ponen este derecho a prueba (temáticas que en ocasiones se cruzan y superponen), así como los sectores clave de la sociedad más gravemente afectados por tales desafíos y la jurisprudencia paradigmática de los derechos humanos que ilustra los avances logrados y los procesos que se avecinan.

⁵⁴ OC 24/17 de la CIDH, paras. 99, 108 y 40.

⁵⁵ Protocolo de la CADHP sobre los Derechos de las Mujeres en África, 'Protocolo de Maputo', adoptado en 2003.

⁵⁶ Según la base de datos del 'Comparative Constitutions Project', 186 Constituciones de todo el mundo incluyen disposiciones sobre la 'garantía general de igualdad', a través de términos de 'igualdad' genérica, casos particulares de igualdad (la más común siendo la 'igualdad de género'), disposiciones amplias sobre 'no discriminación', estipulaciones para el cumplimiento de la igualdad sustantiva y/o la eliminación de obstáculos para su realización, y/o más explícitamente la 'igual protección ante la ley'; véase https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=equal&status=in_force. Véase también, e.g., la información sobre las disposiciones legales y los desarrollos jurídicos en la UE en 'European Equality Law Network', disponible en <https://www.equalitylaw.eu/legal-developments>.

57. En primer lugar, miremos a las personas migrantes indocumentadas y las personas no-ciudadanas. A este respecto, aunque la igualdad ante la ley se acepta generalmente a nivel genérico, abstracto o discursivo, las dificultades se explican cuando ciertas diferenciaciones legales se hacen sobre bases nacionalistas o se basan en el estatus migratorio irregular, muchas de las cuales son aceptadas por partes de la sociedad y en ocasiones promocionadas políticamente como demuestran preocupantemente el reciente ascenso de partidos ultranacionalistas y de extrema derecha en algunos países europeos y las medidas anti-inmigración adoptadas por EE.UU.⁵⁷ Algunas de estas diferenciaciones y la admisión de un estatus legal inferior son articuladas por la ley misma, e incluso por el propio derecho internacional de los derechos humanos, como lo han señalado algunas académicas.⁵⁸

58. Sin embargo, la brecha central se encuentra entre las legislaciones nacionales que regulan la situación de las personas no ciudadanos, especialmente personas migrantes indocumentadas, pero también solicitantes de asilo, refugiadas y apátridas, y el derecho internacional de los derechos humanos. El concepto jurídico de ciudadanía es en sí mismo excluyente y, por lo tanto, rompe con la noción de universalidad. Definir quién es ciudadano de un Estado es simultáneamente determinar quién no lo es.⁵⁹

59. Para los efectos de este análisis, vamos a argumentar que atendiendo a los principios de igualdad y no discriminación, para que la diferenciación migratoria sea válida tendría que razonarse una justificación legítima para defender la distinción. Si no existe una justificación o es insuficiente, una lectura integrada del derecho internacional de los derechos humanos indicaría que la ley y la política migratorias son discriminatorias a menos que se demuestre lo contrario. El obstáculo de esta posición, sin embargo, es que el derecho internacional de los derechos humanos se construye sobre la soberanía del Estado como expresión del derecho internacional público, y como tal acepta la existencia del Estado como un hecho, y por tanto permite (o soporta) el trazado de fronteras nacionales y las facultades del Estado en materia de control migratorio. Aun así, el tema sigue siendo muy controvertido en términos de derechos humanos, tanto teóricamente en cuanto al paradigma de los derechos humanos universales, como prácticamente en lo que concierne a la aplicabilidad de estos derechos específicamente a las personas migrantes indocumentadas. Como lo plantea Linda Bosniak, "¿hasta dónde llega la soberanía antes de dar paso a la igualdad?"⁶⁰

60. El derecho internacional de los derechos humanos ofrece algunas respuestas e interpretaciones prometedoras. Por mencionar sólo algunas de las más representativas, consideremos la conceptualización a nivel de NU de la discriminación como un fenómeno que cubre las distinciones sobre la base del estatus migratorio, como fue revisado anteriormente, y como se reiteró a su vez en 2014 por el Comité CEDAW en relación con la condición de refugio, asilo, nacionalidad y apatridia de las mujeres.⁶¹ A nivel regional, la OC 18/03 de la CIDH, antes examinada, enfatizó que 'los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación al logro de sus

⁵⁷ Véase, e.g., la referencia a la situación de los migrantes y los solicitantes de asilo en la declaración sobre el Día Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Enfrentar las dos caras del racismo: odio resurgente y discriminación estructural", realizada por varios Expertos y Relatores Especiales de Naciones Unidas e instituciones interamericanas, 21 de marzo de 2018, en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22856&LangID=E>

⁵⁸ En esta línea véase A. KESBY, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (Oxford University Press 2012) 109-110; y de forma más general C. DAUVERGNE, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Series The Law in Context (Cambridge University Press 2008) 27-8. Puede pensarse también en las limitaciones a las personas migrantes indocumentadas para ejercer ciertos derechos, derivadas de los Arts. 1.c) y 2.2b) de la Convención 189 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Trabajo Decente para Trabajadores Domésticos, adoptada en 2011.

⁵⁹ Véase, e.g., M. J. GIBNEY, 'Who Should be Included? Non-Citizens, Conflict and the Constitution of the Citizenry', en F. STEWART (ed) *Horizontal Inequalities and Conflict: Understanding Group Violence in Multiethnic Societies* (Palgrave Macmillan 2008) 27.

⁶⁰ Véase L. BOSNIAK, 'Human rights within one state. Dilemmas of personhood in liberal constitutional thought', en M. B. DEMBOUR Y T. KELLY (eds), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States* (Routledge 2011) 201-21.

⁶¹ Véase COMITÉ CEDAW, Observación General No. 32 'Gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women', CEDAW/C/GC/32, 14 de noviembre de 2014, paras. 7 y 8.

objetivos de política pública, cualquiera que éstos puedan ser, incluidos los de *carácter migratorio*,⁶² una postura progresista confirmada en casos judiciales posteriores del tribunal interamericano.⁶³

61. Asimismo, a nivel europeo, el TEDH decidió en 2017 el caso histórico de *N.D. y N.T. v. España* en el que se determinó que el retorno inmediato ('push-back' o 'devolución en caliente') a Marruecos de inmigrantes subsaharianos que intentaban entrar en territorio español por Melilla, el enclave español del norte de África, equivalía a una expulsión colectiva de nacionales extranjeros, en violación del CEDH (Artículo 4 del Protocolo N° 4 que prohíbe las expulsiones colectivas junto con el Artículo 13 sobre el derecho a un recurso efectivo).⁶⁴ La implicación de este tipo de casos para los derechos de igualdad podría explicarse más claramente y desarrollarse en futuros casos de derechos humanos.⁶⁵

62. En segundo lugar en cuanto a análisis temático, miremos la situación de la igualdad de género. La discriminación basada en el género, y más específicamente la violencia contra la mujer como forma de discriminación, ha sido reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos como una violación de la igualdad,⁶⁶ aunque por desgracia sigue siendo un fenómeno generalizado a nivel mundial. Aun así, la relevancia teórica y práctica de eliminar la violencia contra las mujeres como un tema de derechos humanos y una cuestión de justicia es, en general, aceptada más fácilmente por los gobiernos nacionales y la gobernanza internacional y regional, que en el caso del tema de la migración indocumentada.

63. En cuanto a la discriminación más general contra la mujer basada en prejuicios sociales y culturales, puede mencionarse como caso ilustrativo el de *Maria Ivone Carvalho v. Portugal*, resuelto por el TEDH en 2017. El caso se refiere a Maria Carvalho, quien tras una operación quirúrgica por una enfermedad ginecológica, comenzó a sufrir fuertes dolores abdominales, pérdida de sensibilidad en la vagina, dificultad para andar y sentarse, incontinencia urinaria e imposibilidad de mantener relaciones sexuales. En tribunales nacionales se demostró que estos efectos habían sido causados o empeorados por mala práctica médica durante la intervención hospitalaria. En primera instancia, el juez nacional había impuesto una indemnización por los hechos, pero la corte de apelación redujo considerablemente dicha compensación, bajo los argumentos de que, dado que sus dos hijos eran mayores, Maria Carvalho sólo tendría que cuidar de su marido, por lo que no iba a necesitar una gran ayuda para los trabajos caseros; y que a sus 50 años, la imposibilidad sobrevinida de mantener relaciones sexuales (relaciones de por sí disminuidas en una mujer de su edad) no podía tener la misma importancia que para una joven. Así, el tribunal de apelación justificó el trato desigual a la mujer en comparación con personas de igual o menor edad y de sexo masculino (sobre las cuales el mismo tribunal de apelación había resuelto casos similares de forma distinta). A nivel europeo, el TEDH concluyó que existió una vulneración del derecho de Carvalho a no ser discriminada (Art. 14 de la CEDH) y a que se respete su intimidad personal y familiar (art. 8 CEDH). Con ello, el Tribunal Europeo abordó los prejuicios y estereotipos sociales en relación con el sexo y la edad que en casos como este trascienden en una vulneración por parte del poder judicial del derecho de igualdad de las mujeres.

⁶² OC 18/03, párrafo de conclusión 11. Sobre la argumentación respectiva, véase para. 172. Énfasis añadido.

⁶³ Véase, e.g., CIDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005; *Caso de Nadege Dorzema et al. v. República Dominicana*, Sentencia del 24 de octubre de 2012; *Caso de las Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014.

⁶⁴ TEDH, *N.D. y N.T. v. España*, Aplics. Nos. 8675/15 y 8697/15, Sentencia del 10 de marzo de 2017. Sobre migrantes indocumentados, véase también del TEDH, *Chowdury y Otros v Grecia*, Sentencia del 30 de marzo de 2017, en la cual se concluye una violación al Art. 4 (prohibición del trabajo forzado), respecto de 42 nacionales de Bangladesh que fueron sometidos a trabajo forzado por su empleador en Grecia.

⁶⁵ Es importante señalar respecto de este tema que en paralelo a la consideración de estos sucesos por el tribunal regional de derechos humanos, en julio de 2018 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en España condenó al Estado español por incumplir parcialmente sus obligaciones administrativas de tramitación de solicitudes de asilo de refugiados procedentes de Grecia y de Italia, establecidas en las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 del Consejo Europeo, por las que se le asignó un cupo de 19.449 personas durante dos años, desde el 25 de septiembre de 2015 hasta el 26 de septiembre de 2017, de las que sólo ofertó un 12,85%.

⁶⁶ Véase, e.g., COMITÉ CEDAW, Observación General No. 35, 'Gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19', CEDAW/C/GC/35, 14 de julio de 2017.

64. En lo que respecta a concebir la violencia contra la mujer como una cuestión de discriminación y una violación de la igualdad, la jurisprudencia representativa del TEDH incluye casos como *Opuz v. Turquía* (2009),⁶⁷ y *Eremia y otros v. República de Moldavia* (2013),⁶⁸ que determinaron que la violencia doméstica y la falta de investigación y protección apropiadas por parte de las autoridades implicaban una violación del Art. 2 del CEDH (derecho a la vida), en el primer caso, y del Art. 3 (prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes), en ambos casos, así como una violación del artículo 14 debido a una violación de la igual protección de la ley.

65. En un caso histórico y sumamente relevante para España y a nivel mundial, el Tribunal Supremo se pronunció en 2018 en relación con el caso de Ángela González Carreño, cuya hija fue asesinada en 2003 por su ex marido quien después se suicidó, hechos que ocurrieron a pesar de que Ángela había denunciado la violencia en múltiples ocasiones y había advertido a las autoridades judiciales del peligro de que permitieran visitas no vigiladas del hombre con su hija. El caso *Ángela González Carreño v. España* se había llevado en 2012 ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de UN (Comité CEDAW), quien en 2014 condenaba a España por no haber protegido a Ángela y a su hija.⁶⁹ En 2018 se emitió la primera resolución judicial del Tribunal Supremo en la que se reconoce la responsabilidad del Estado español en el asesinato de su hija por parte de su padre maltratador en el año 2003. Dicha resolución condena a España a pagar una indemnización a González de 600.000 €. ⁷⁰ El caso reviste una importancia central pues revela la discriminación y desprotección que había sufrido Ángela por parte de la justicia con los hechos originales, así como con la negativa posterior de España durante los cuatro años entre 2014 y 2018 de aplicar el dictamen de la CEDAW alegando que los dictámenes de NU no son de obligado cumplimiento. La resolución de 2018 del Tribunal Supremo tira hacia atrás esta concepción y reafirma que la igual protección de la ley, y con ello de las autoridades judiciales, es un derecho humano que debe ser garantizado para todas las personas, prestando particular atención a las personas en una situación potencial o real de discriminación, como mujeres, niñas y niños. Es por ello que la resolución auténticamente es, como la califica Gutiérrez Espada, ‘un importante punto de inflexión’.⁷¹

66. Debe referirse también como caso paradigmático en el tema de violencia contra las mujeres en relación con la igualdad, el de *Campo Algodonero v. México*, resuelto por la CIDH en 2009, y relativo a la desaparición de una mujer y dos niñas, que posteriormente fueron descubiertas como víctimas de violencia sexual y homicidio. En este caso, la CIDH determinó que existió una violación del Art. 1 de la CADH (no discriminación), entre otros, porque el Estado sabía del riesgo de que esto ocurriera debido al contexto existente de discriminación estructural contra las mujeres y, por lo tanto, tenía una obligación particularmente fuerte de prevenir y erradicar estas formas de violencia de género.⁷²

67. Dos casos en el contexto africano son dignos de mención en este tema: el caso de *EIPR e Interights v. Egipto*, resuelto en 2011,⁷³ el cual concernía los ataques violentos contra cuatro mujeres periodistas que cubrían una manifestación política del Movimiento Egipcio para el Cambio (Kefaya) que fueron ordenados y tolerados por oficiales de la policía. El caso de *Equality Now y EWLA v. Etiopía*, resuelto a fines de 2015,⁷⁴ se refiere al secuestro, la violación y el matrimonio forzado de una niña de 13 años, que fue tolerado judicialmente por las autoridades pertinentes. En ambos casos, la Comisión Africana de De-

⁶⁷ TEDH, *Caso Opuz v. Turquía*, Apl. No. 33401/02, 9 junio 2009.

⁶⁸ TEDH, *Caso Eremia y Otras v. República de Moldavia*, Apl. No. 3564/11, 28 mayo 2013.

⁶⁹ Comité CEDAW, *Ángela González Carreño v España*, Comunicación No. 47/2012, Decisión adoptada el 20 junio-18 julio 2014; véase particularmente para. 11.

⁷⁰ STS 1263/2018 (ECLI: ES:TS:2018:1263), 17 julio 2018.

⁷¹ C. GUTIÉRREZ ESPADA, ‘La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión’, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 836-851 2018.

⁷² CIDH, *Caso González et al. v. México*, (*‘Campo Algodonero’ v. México*), Sentencia del 16 noviembre 2009.

⁷³ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Egyptian Initiative for Personal Rights and INTERIGHTS v Egypt*, Comunicación 323/06, Décima Sesión Extraordinaria, 12 al 16 diciembre 2011.

⁷⁴ *Equality Now and Ethiopian Women Lawyers Association (EWLA) c. República Federal de Etiopía*, Comunicación 341/2007, 15 noviembre 2015.

rechos Humanos y de los Pueblos específicamente enmarcó el asunto como una violación del Art. 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (derecho a la igualdad ante la ley y a la protección igualitaria de la ley), entre otros, por el fracaso de Egipto y de Etiopía, respectivamente, para prevenir las violaciones y proteger adecuadamente a las mujeres y a la niña afectadas por estas situaciones de violencia.

68. En tercer lugar, pongamos la mirada en el tema de la desigualdad socioeconómica en los contextos nacionales y a nivel global. Se ha señalado que una sociedad con mayor desigualdad de propiedades, recursos e ingresos, será probablemente más propicia a contar con una asignación y distribución menos igualitaria del poder y, por lo tanto, peores instituciones, que tienden a replicar y a propagar las condiciones iniciales. De hecho, como lo señala Gillian McNaughton, “la desigualdad económica y social tiene un impacto en los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos a participar en el gobierno...y a la igualdad ante la ley”. Y de modo más apremiante ella agrega

No se trata simplemente de que los ricos sean capaces de disfrutar de sus derechos humanos en un grado más completo que otras personas. El problema es que su riqueza, poder e influencia realmente disminuyen el poder de los demás y su oportunidad real de influir en las instituciones de formulación de políticas que tienen un impacto en sus vidas.⁷⁵

69. A pesar de la prevalencia de la desigualdad económica mundial, la jurisprudencia en esta área es escasa o está enmarcada como una violación de los derechos civiles y políticos (y no de los DESC), y normalmente no como una violación de la igualdad.

70. De hecho, en el caso de *M.S.S. v. Bélgica y Grecia* (2011),⁷⁶ aunque esperanzador en otros sentidos, en lo que respecta a violaciones de los DESC y el derecho de igualdad, el TEDH determinó que las condiciones materiales inhumanas en las que un solicitante de asilo afgano vivía en extrema pobreza en Grecia violaban el artículo 3 del CEDH -prohibición de la tortura y los malos tratos-, es decir, un derecho civil y político clásico, y no se pronunció sobre la violación de otros DESC, como el derecho a la salud o a la alimentación, y la vulneración del derecho de igualdad que sus condiciones de vida implicaban en relación con el resto de la población. En *Yakye Axa v. Paraguay* (2005) y *Xákmok Kásek v. Paraguay* (2010),⁷⁷ dos casos sobre violaciones, entre otros, de los DESC que afectaban a las comunidades indígenas sujetas a discriminación estructural, la CIDH no determinó una violación a la igualdad protegida en el Artículo 24 de la CADH, aunque existían razones de peso para haberlo hecho.⁷⁸

71. En vista de lo anterior, la discriminación y las violaciones de la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sobre la base de la pobreza o la situación económica, siguen siendo objeto de una mayor exploración en términos del derecho internacional de los derechos humanos y el conjunto de herramientas conceptuales y prácticas que se puede construir para abordar tales retos.

V. Reflexiones finales

72. Teniendo en cuenta los antecedentes históricos del principio de igualdad, sobre todo en el ámbito de la Sociedad de Naciones y la posterior evolución del mismo en la etapa posterior a la Segunda

⁷⁵ G. MACNAUGHTON, ‘Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality’, en L. MINKLER (ed), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview* (Cambridge University Press 2013) 290, traducción propia. Véase también por la misma autora ‘Untangling equality and non-discrimination to promote the right to health care for all’, en *Health and Human Rights Journal* (Vol 11, No 2, 2009), disponible en <http://www.hhrjournal.org/index.php/hhr/article/viewArticle/173/257>

⁷⁶ TEDH, *M.S.S. v. Bélgica y Grecia*, Apl. No. 30696/09, 21 enero 2011, para. 251; véase también paras. 232 y 233.

⁷⁷ CIDH, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, sentencia de 17 junio 2005, Series C No. 125, paras. 38.a, b, c, y d, y 39, y *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 24 agosto 2010.

⁷⁸ Véase, e.g., M. VALESKA, D. CONTRERAS Y A. K. TRABUCCO SERÁN, ‘Dos concepciones de igualdad en el sistema interamericano de derechos humanos: una superposición que amenaza a las acciones afirmativas’, Memoria de Grado (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009) 109-116.

Guerra Mundial, queda claro que hoy en día la igualdad, y particularmente la igualdad ante la ley, es tanto un principio del derecho internacional, como un derecho humano específico contenido en normas convencionales y consuetudinarias.

73. Considerando en especial la intención de los redactores originales de la DUDH originales y posterior desarrollo del derecho a la igualdad, este estudio ha argumentado que bajo el derecho internacional de los derechos humanos, la igualdad ante la ley no es un sustituto de la igualdad sustantiva y más bien debería ser visto como una expresión del principio general de igualdad y no discriminación, y un refuerzo necesario para eliminar los obstáculos legales e institucionales para lograr la igualdad real.

74. El reciente desarrollo de normas de derechos humanos a nivel de NU, como la adopción de la CDPD y su Observación General N° 6, de 2018, referida al modelo de la ‘igualdad inclusiva’ para las personas con discapacidad, dan testimonio del hecho de que la igualdad todavía proporciona el fundamento y guía el camino para promover, proteger y salvaguardar los derechos humanos en general.

75. A nivel regional, los sistemas inter-americano, europeo y africano de derechos humanos han realizado aportes centrales sobre la igualdad ante la ley, los más notables y progresistas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su instrumento de opiniones consultivas.

76. Estos avances pueden contribuir a abordar de manera más integral y eficaz las violaciones al derecho de igualdad que sufren millones de personas en todo el mundo, y los desafíos que se enfrenta en cuanto a la realización efectiva de estos derechos, en particular por lo que respecta a las personas migrantes indocumentadas, la desigualdad de género y la desigualdad socioeconómica, y así contribuir a encarnar la igual dignidad humana de todas las personas sin discriminación.

CHILD PROTECTION IN FLIGHT SITUATIONS: THE HAGUE CHILD PROTECTION CONVENTION AND UNACCOMPANIED MINORS

PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIONES DIFÍCILES: EL CONVENIO DE LA HAYA DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y MENORES NO ACOMPAÑADOS

KATHARINA GATZSCHE

*University of Cologne, Institute for private international and comparative law
Federal Ministry of Education and Research, Germany*

Recibido:27.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4623>

Abstract: The Hague Child Protection Convention of 1996 is an important source of law for questions of international jurisdiction and conflict-of-laws concerning measures of child protection. Flight situations pose a significant threat to children, especially when unaccompanied, and challenge the Hague Child Protection Convention and similar tools in a very special way. This article will analyze how and to what extent the Hague Child Protection Convention offers appropriate solutions to problems even as serious as the situations of refugee children.

Keywords: Hague Convention child protection, conflict-of-laws for parental responsibility.

Resumen: El Convenio de La Haya sobre la protección de los niños de 1996 es una importante fuente de derecho para cuestiones de jurisdicción internacional y normas de conflictos relativas a las medidas de protección de los niños. Las situaciones de refugio representan una amenaza importante para los niños, especialmente cuando no están acompañados, y cuestionan la Convención de La Haya sobre la protección de los niños y otros convenios similares de una manera muy especial. Este artículo analizará cómo y en qué medida el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños ofrece soluciones adecuadas a los problemas, incluso tan graves como las situaciones de los niños refugiados.

Palabras clave: Convenio de La Haya, protección de los niños, normas de conflicto de responsabilidad paternal.

Sumario: I. Introducción. II. Scope of application. 1. Age of assessments. 2. Unaccompanied and separated children. 3. Measures of child protection. III. International jurisdiction rules. 1. Principle of habitual residence. 2. Special jurisdiction for refugee children. 3. Further specific rules on international jurisdiction. 4. Relationship with the Brussels IIbis Regulation. IV. The rules of applicable law. V. Legal effects of changes of circumstances. 1. Border crossings. 1. The 18th birthday. VI. Conclusions.

I. Introduction

1. The funniest and at the same time most appropriate definition of the concept of children's rights one comes across while researching on the subject of child protection is probably the one the US-American educationalist Kate Douglas Wiggin formulated in the 19th century as

“the divine right to be gloriously dirty a large portion of the time”.¹

To respect and protect the little of what is left of this for refugee children, is one of the ambitions of the Hague Child Protection Convention.² The Hague Child Protection Convention was negotiated and unanimously adopted by the members of the 18th Hague Commission on International Private Law in 1996.³ Its drafting falls within a phase of general international efforts to enhance the protection of childhoods in danger.⁴ The Hague Child Protection Convention has been signed and ratified by 49 states which include both members and non-members of the Hague Conference.⁵ Thus, it has a far wider international acceptance than its predecessor, the Convention on the Protection of Minors of 1961.⁶ Up to now, however, the signatures of several states including Argentina and the US have not been followed by ratifications by these states.⁷ The latest acceding member as of 2018 is Honduras, Paraguay is said to have deposited its access documents for 2019.⁸

2. As an international treaty, the Child Protection Convention supersedes the member states' autonomous private international law.⁹ The Child Protection Convention itself is superseded by the Brussels IIbis Regulation between EU member states according to article 61 of the Brussels IIbis Regulation.¹⁰ As a consequence, the European Court of Justice is called to interpret the Convention in all areas also covered by the Brussels IIbis Regulation, in order to achieve a coherent interpretation of the Brussels IIbis Regulation.¹¹ Furthermore, questions of international jurisdiction between EU member states are ruled by the Brussels IIbis Regulation instead of the Child Protection Convention. The remaining scope of application of the Convention consists of cases concerning non EU-member states, including the United Kingdom after the Brexit. Another reason for the remaining importance of the Child Protection Convention after the entry into force of the Brussels IIbis Regulation is based on the fact that the Convention contains provisions on private international law which the Brussels IIbis Regulation does not contain.¹² While, therefore, the Convention's provisions on the international jurisdiction are superseded by the Brussels IIbis Regulation, the provisions on private international law stand alone in the area of trans-frontier child protection.

II. Scope of application

3. In article 2, the Convention limits its scope of application to minors from their date of birth until they reach the age of 18 years. With the limitation to 18 years, it overcomes one of the shortco-

¹ K. DOUGLAS WIGGIN, "Children's rights", 1892, 8.

² Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. This Convention, including related materials, is accessible on the website of the Hague Conference on Private International Law (www.hcch.net).

³ R. WAGNER/U. JANZEN, "Die Anwendung des Haager Kinderschutzübereinkommens in Deutschland", *Familie, Partnerschaft, Recht* 2011, 110 – 115.

⁴ The Hague Commission adopted a series of child related conventions, starting in 1902 with a convention on guardianship. A whole series of Conventions followed in the second half of the 20th century, to name but a few, conventions on maintenance obligations, two conventions on domestic and inter country adoption and on the civil aspects of child abduction. Furthermore, the Hague Commission had developed a first convention on the protection of minors in 1961, see fn. 6 below.

⁵ <https://www.hcch.net>.

⁶ Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants. This Convention, including related materials, is accessible on the website of the Hague Conference on Private International Law (<https://www.hcch.net>).

⁷ <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

⁸ <https://www.iflg.uk.com/blog/cuba-paraguay-and-philippines-all-accede-hague-conventions>.

⁹ D. SCHÄUBLE, "Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger in der notariellen Praxis in Fällen mit Auslandsbezug", *Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg* 2016, 5 – 14.

¹⁰ Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000.

¹¹ K. HILBIG-LUGANI, "KSÜ", in T. RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Volume V, 2016, Köln, Einl KSÜ Par. 38.

¹² J. PIRRUNG, "Brussels IIbis Regulation", in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law*, Volume IV, Köln, 2017, Art. 61 Par. 1.

mings its predecessor of 1961 had been criticized for: The 1961 Convention of Protection of Minors had limited its scope of application to minors and had, therefore, made an independent conflict-of-laws analysis of the preliminary question of minority necessary.¹³ Questions arose as to whether children under 18, but emancipated in their country of origin by marriage, were considered minors under the 1961 Convention.¹⁴ Furthermore, the application of the 1961 Convention to children above 18 who do not obtain full capacity at the age of 18 was controversial.¹⁵ The conflict-of-laws analysis of the question of minority has been rendered obsolete under the 1996 Convention.

1. Age assessments

4. One remaining problem the 1996 Convention has not been able to render irrelevant is the practically extremely relevant problem of age assessments.¹⁶ Age assessments are necessary where a presumed minor claims to be under 18, while his physical appearance raises substantiated doubts about his or her age. A number of countries do not register child births in a coherent manner: the European Asylum Support Office (EASO) estimates the overall birth registration rate in African countries to an average of 10 %, while within the African continent the birth registration rates differ between 3 and up to 30 %.¹⁷ Therefore, a certain percentage of presumed minors carry no or no reliable documentation with them. Especially under the impression of the ongoing global migration crisis, the necessity of age assessments has challenged state authorities in the respect of various procedural key safeguards. As a reaction to these challenges and to a call by the EU-Commission and the Council in 2017,¹⁸ the EASO has reedited a Practical Guide on Age Assessment in 2018. Herein, the EASO emphasizes the best interest of the child and the benefit of the doubt as the two leading principles of all questions relating to age assessments.¹⁹

5. The best interest of the child requires the examination whether the age assessment is necessary and useful.²⁰ If an age assessment is deemed necessary, only the least intrusive method is to be applied to assess a presumed child's biological age.²¹ In general, it is recommended to exhaust non-medical assessment methods before passing to medical methods, especially those involving the use of x ray. However, the question which method is the least intrusive can prove difficult in practice and must be dealt with on a case by case basis.²² For example, a personal interview on past traumatic experiences can in individual cases be perceived more intrusive than a wrist x ray.

6. The benefit of the doubt leads the procedure of age assessment from the moment a person is found by an authority until the age of that person is duly established.²³ As a consequence, not only persons claiming to be minors, but also persons claiming to be adults may be subject to age assessment, since the latter might try to escape child protection measures.²⁴ Furthermore, an age assessment may not be applied as a routine practice, but should be duly justified based on substantiated doubts according to the stated age.²⁵ The mere absence of documentation is in itself not sufficient to justify substantiated doubts.

¹³ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Art. 2 Par. 2.

¹⁴ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Art. 2 Par. 6.

¹⁵ IBID.

¹⁶ See for further details on age assessments W. DÜRBECK, "Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Familienrecht", *Zeitschrift für das Familienrecht* 2018, 553 – 564.

¹⁷ EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE (EASO), "Practical Guide on Age Assessment", 2018, 18.

¹⁸ COM(2017) 211 of 12 April 2017.

¹⁹ EASO (see fn. 17 above), 18 s.

²⁰ IBID.

²¹ IBID.

²² IBID.

²³ IBID.

²⁴ IBID.

²⁵ IBID.

2. Unaccompanied and separated children

7. Under the influence of the ongoing global migration crisis, the 2017 Special Commission on the practical operation of the Child Protection Convention addressed the question whether the Convention should apply to unaccompanied and separated children.²⁶ Several member states, however, proposed that the situation of unaccompanied and separated children was an issue of public law rather than private international law.²⁷ Others indicated that States should apply their own national law if the latter was more favorable for the child concerned.²⁸

8. The vast majority of the member states of the Hague Child Protection Convention, however, was in favor of an application of the Child Protection Convention and took the opportunity to affirm the sufficient flexibility of the Convention was indeed flexible enough for an application to unaccompanied children and as an instrument to foster cooperation between child protection and immigration authorities. The UN Child Rights Committee and UNICEF as observers to the Special Commission also argued in favor of an application of the Hague Child Protection Convention.

3. Measures of child protection

9. Article 3 of the Convention provides for a catalogue of measures directed to the protection of the child's person or property. The catalogue names measures related to parental responsibility (lit. a), to the right of custody (lit. b), to guardianship and comparable institutions (lit. c), to the placement of children in foster families or institutional care (lit. e) and the administration, conservation or disposal of the child's property (lit. g). In accordance with article 1 paragraph 1 lit. c, the catalogue in article 3 is of exemplary character and not exhaustive.²⁹ To achieve the Convention's leading purpose, the child's best interest, measures of intervention are possible under the Convention, including measures that restrain, limit, modify or terminate the parents' rights of parental responsibility.

10. Article 4 excludes certain matters from the Convention's scope of application. Among others, all questions of descent, matters related to adoptions, measures related to criminal procedures against the child, measures related to maintenance for the child are excluded from the scope of the Hague Child Protection Convention.³⁰ Several of these areas are considered sovereign interests of the member states, others are simply governed by own specific conventions of the Hague Commission of Private International Law. Generally, the Hague Child Protection Convention does not generate a weak spot in the children's protection with regards to the excluded areas. The catalogue of excluded measures is non exhaustive. Further excluded areas are all questions of capacity and legal ability to conclude contracts, these are only covered by the Hague Child Protection Convention as preliminary questions relevant to the parental responsibility.³¹

III. International jurisdiction rules

11. The Convention's chapter II establishes a system of rules on international jurisdiction. As mentioned in the introduction, the Convention's rules on international jurisdiction are superseded by the Brussels IIbis Regulation in cases in which a child's habitual residence is established in a EU member

²⁶ SPECIAL COMMISSION ON THE PRACTICAL OPERATION OF THE 1980 HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION AND THE 1996 HAGUE CHILD PROTECTION CONVENTION, "Seventh Meeting 10-17 October 2017", in *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, Volume XXI, Winter/Spring 2018.

²⁷ IBID.

²⁸ IBID.

²⁹ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Art. 3 par. 2.

³⁰ See article 4 lit. a – lit. g Hague Child Protection Convention.

³¹ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Art. 4 Par. 1.

state.³² Therefore, the Convention's rules on international jurisdiction are limited to cases involving non EU-member states including the future post-Brexit UK.

1. Principle of habitual residence

12. Article 5 of the Convention establishes a general principle of habitual residence and abandons the principle of nationality which is the core jurisdiction rule within the Hague Minor Protection Convention of 1961.³³ The shift from nationality to habitual residence as the general base for jurisdiction is considered one of the major innovations introduced by the Hague Child Protection Convention.³⁴ The main goal behind this innovation was the drafters' objective to reflect the closest relationship of the child concerned with the state in which he or she is actually socially and legally integrated.³⁵ The principle of nationality, on the other hand, was considered a merely formal relationship and, therefore, abandoned.³⁶ Under the Hague Child Protection Convention, international jurisdiction is deemed to the authorities of one single member state under the Convention that is considered to have the closest connection with the child concerned.³⁷ Again, it can be seen that the Convention has learned from the past under its predecessor that provided for concurring international jurisdiction of various member states.³⁸

13. Habitual residence is – as it is tradition among the Hague Conventions, not positively defined. Despite the need for a autonomous definition of the term,³⁹ certain criteria for the determination of the habitual residence can be derived from the European Court of Justice's jurisprudence concerning family law related regulations which aim at protecting the best interest of the child, too.⁴⁰ Criteria developed by the European Court of Justice include the length and the circumstances and factual reasons for the stay, school enrolment, language skills, and generally the social and family bonds to the state concerned.⁴¹

14. Some specifics of children's habitual residence must be borne in mind: In general, a child's habitual residence is determined independently from its parents, with the exception of a toddler's habitual residence that is determined as an accessory to his or her parents'.⁴² An infant gains his or her habitual residence in the moment of his or her birth, no minimum period needs to be established in order to determine a child's habitual residence.⁴³

15. In flight situations, however, the determination of a habitual residence can prove difficult, due to situations in which a child crosses various borders without being able to establish stable living conditions in one place. Therefore, the general principle of habitual residence is subject to a specific exception in article 6 if the child concerned is a refugee child.

2. Special jurisdiction for refugee children

16. In the case of refugee children, the general principle of habitual residence stipulated in article 5 paragraph 1 comes to its limits: The normal jurisdiction attributed to the authorities of the State of their habitual residence is inoperative, since these children have broken their links with the State of

³² See art. 61 Brussels IIbis Regulation.

³³ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Einl KSÜ Par. 31.

³⁴ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Einl KSÜ Par. 32.

³⁵ IBID.

³⁶ IBID.

³⁷ IBID.

³⁸ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Einl KSÜ Par. 2.

³⁹ HCCH, "Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention", The Hague, 2014, Par. 13.83; SCHÄUBLE (see fn. 9 above), 9.

⁴⁰ HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.87; D. SCHÄUBLE (see fn. 9 above), 9.

⁴¹ HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.85; K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Art. 5 Par. 8.

⁴² HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.85 s.; K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Art. 5 Par. 8.

⁴³ HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.85.

their previous habitual residence. At the same time, their stay in the new State is of only provisional and precarious character and does not allow it to be considered that they have acquired a habitual residence there.⁴⁴ Simultaneously, these children often have a special need for protection. They may, for example, to apply for asylum or for a residence, or to be placed in institutional care. It is therefore necessary to designate a legal representative.

17. The Child Protection Convention attributes jurisdiction for refugee children to the authorities of the State in which the child is present. The original intention of the Commission had been to broaden the provisional jurisdiction based on urgency in article 11 to refugee children,⁴⁵ but article 6 as it was finally adopted establishes general jurisdiction to take measures of protection regarding the long term care of the child.⁴⁶

18. However, the jurisdiction grounded on article 6 is of temporary nature, since the lack of a habitual residence is an temporary situation, which is due to end the moment the child concerned settles in a state.⁴⁷ The stipulation is based on the premise that a refugee child is temporarily or definitively deprived of their parents. However, the urgency of the measures concerned and the question whether parents can be contacted in the specific case does not exclude the general international jurisdiction according to article 6, though it can have influence on the measure in question.

19. The concept of "presence" requires only physical presence in the territory of the Contracting State concerned, and no proof of residence of any sort.⁴⁸ The mere physical presence of the child in the territory is sufficient in order to establish the Jurisdiction of the authorities of the state.⁴⁹ By that, the Convention facilitates the determination of the internationally competent authorities, accelerates protective measures for the children concerned, which supports the Convention's ambition to facilitate measures of child protection by giving the international jurisdiction to the authorities that are in principle closest to the child.⁵⁰ Whether or not the determination of international jurisdiction through article 6 of the Hague Child Protection Convention does or does not require the establishment of the formal refugee status of the child concerned, is controversial. The lack of a definition of refugee children in the Convention itself as well as a general goal to achieve a uniform terminology speak up for referring to the definition of refugee within the Geneva Convention of 1951 on the Legal Status of Refugees.⁵¹ In the interest of facilitation and acceleration of child protection measures, however, it may seem favorable to consider the notion of a refugee child the wide and the least technical possible.⁵² Ultimately, the question is of no practical importance due to article 6 paragraph 2 that refers to paragraph 1 with regards to all children whose habitual residence cannot be determined. Therefore, at least through paragraph 2, the rule established in paragraph 1 would apply to a child whether his or her status as a refugee under the Geneva Convention can be established or not.

3. Further specific rules on international jurisdiction

20. In case of wrongful removal or retention of the child, the authorities of the state in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention keep their jurisdiction until the child has acquired a habitual residence in another State, and the person or institution having

⁴⁴ P. LAGARDE, "Explanatory Rapport", Par. 44.

⁴⁵ P. LAGARDE (see fn. 44 above), Par. 45.

⁴⁶ HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.58.

⁴⁷ E. PATAUT/E. GALANT, "Brussels Ibis Regulation", Art. 13 Par. 1 s., in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law*, Volume IV, Köln, 2017.

⁴⁸ HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.88.

⁴⁹ HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.88.

⁵⁰ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above) Art. 6 Par. 2.

⁵¹ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above) Art. 6 Par. 8; K. MARKWARDT, "EGBGB" in *Beck'scher Online Groß-Kommentar BGB*, Ed. 1, 2015, Art. 6 Par. 5.

⁵² See also HCCH (see fn. 39 above), Par. 13.59.

rights of custody has acquiesced or at least a year has expired (article 7). This rule is another important divergence from the basic principle of habitual residence in the Hague Child Protection Convention for cases of illegitimate abduction, a rule of international jurisdiction that complements the Hague Child Abduction Convention. Article 7 does not amend or substitute the mechanism established by the 1980 Convention for dealing with situations of international child abduction, but supplements and strengthens it by avoiding that the abducting person can establish a new jurisdiction for a possible new rights of custody decision in a new state.

21. Another constellation in which the Child Protection Convention diverges from the principle of habitual residence is the urgency jurisdiction established by article 11. Jurisdiction is deemed to the authorities in the state of the child's presence. The jurisdiction lapses when the authorities whose jurisdiction is established on the basis of article 5 – 10 take the measures required by the situation.

4. Relationship with the Brussels IIbis Regulation

22. As mentioned earlier, the Convention's rules on jurisdiction are displaced by the Brussels IIbis Regulation if a child's habitual residence is established in a EU member state. As far as the basic rules on international jurisdiction are concerned, a certain harmony between the rules of the Hague Child Protection Convention and the Brussels IIbis Regulation can be observed: Article 5 and 6 have equivalents in the Brussels IIbis Regulation,⁵³ so that in principle, the same rules on jurisdiction apply between EU member states and non EU member states.⁵⁴

23. However, some divergences concern the questions of transfer of jurisdiction (article 8 and 9 Hague Child Protection Convention) and above all, the question of *perpetuatio fori*, which is affirmed in article 8 paragraph 1 Brussels IIbis and denied in article 5 paragraph 2 Hague Convention.⁵⁵

IV. The rules of applicable law

24. As mentioned in the introduction, the Hague Convention is superseded by the Brussels IIbis Regulation rules on international jurisdiction. Since the Brussels IIbis Regulation does not contain rules on the applicable law, the Hague Convention is an alone-standing set of rules in the field of conflict-of-laws as applied to measures related to parental authority.

25. Chapter III of the Hague Convention establishes a general *lex fori*-principle, according to which every authority taking a measure of protection applies its own internal law (article 15). The applicable law is thereby linked to the international jurisdiction of an authority taking measures within the scope of the Hague Convention. In principle, the applicable law is thereby governed by the principles of habitual residence and presence established by Chapter II and discussed above.⁵⁶

26. A second rule governs the applicable law in cases of attribution or extinction of parental responsibility by operation of law. If no measure is taken by an authority because parental responsibility is affected by operation of law without interference of an authority, the applicable law is, again, determined by the child's habitual residence.

27. Thereby, the Convention in principle again refers to the habitual residence as the closest connection between a member state and the concerned child, thus unifying the law applicable to parental

⁵³ Article 5 and 6 have parallel rules in article 8 and 13 paragraph 2 Brussels IIbis Regulation.

⁵⁴ E. PATAUT/E. GALANT (see fn. 47 above), Art. 13 Par. 7 s.

⁵⁵ For further details see Part IV below.

⁵⁶ See Part II above.

responsibility and measures of protection.⁵⁷ On the other hand, necessary exceptions to the principle of habitual residence, for instance in cases concerning refugee children, are taken into account.

28. The unified conflict of law rule of the Convention is complemented by article 12 paragraph 1 of the Geneva Convention of 1951 on the Legal Status of Refugees according to which the personal status of a refugee shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence. This parallel between the Hague Child Protection Convention and the Geneva Convention of 1951 on the Legal Status of Refugees, respectively, render a clarification of a child's refugee status unnecessary. That is an advantage in comparison to the conflict of laws rule concerning adults, where non-refugee migrants are mostly governed by the law of their nationality: According to the prevailing view in the doctrine, a statute change occurs in the moment a refugee is acknowledged a refugee status according to the Geneva Convention⁵⁸.

29. One specific of flights situations that has already been discussed in depth⁵⁹ is the difficulty to determine a child's habitual residence. As we have seen, this difficulty is overcome by the Hague Child Protection Convention by facilitating the requirement of habitual residence to a mere presence of the child that has to be established in one of the Hague Convention member states. Furthermore, flight situations can be characterized by various border crossings in a short period of time. Consequently, even as a presence or residence of the concerned child has been established, the question arises as to whether and to which extent later border crossings cause changes of statute.

V. Legal effects of changes of circumstances

1. Border crossings

30. The Hague Child Protection Convention contains various rules dealing with the phenomenon of changes of residence or presence of a child. As the core principle governing changes of residence, article 5 paragraph 2 excludes *perpetuatio fori*. Consequently, if a child changes his or her residence while judicial proceedings are ongoing, the proceedings undertaken by the member state of the former residence are discontinued due to a lack of international jurisdiction. This principle is a significant divergence from the Brussels IIbis Regulation, that foresees a continuing jurisdiction for three months following the change of residence in article 9 paragraph 2. By this principle of *perpetuatio fori*, the Brussels IIbis Regulation aims at a prolongation of the child protection after a change of residence. The reason behind the Convention's decision against a *perpetuatio fori* principle is to render the child's protection as effective as possible by vesting international jurisdiction in the authorities which are geographically the closest to the child. However, the legislative history of the Hague Child Protection Convention shows that the decision against a general *perpetuatio fori*-principle was also a political compromise between the negotiating member states.⁶⁰

31. One exception to article 5 paragraph 2 is formulated for cases of child abduction. According to article 7, the authorities of the state in which the child concerned was residing before the abduction, remain internationally competent for a period of 3 months. This partial return to the principle of *perpetuatio fori* has been included in the Hague Child Protection Convention in order to harmonize its rules of international jurisdiction with the Hague Child Abduction Convention. The latter aims at perpetuating the international jurisdiction of the authorities of the former residence of the child in order to stabilize the authority over the child concerned.⁶¹

⁵⁷ In comparison with its predecessor that referred to the nationality of the child.

⁵⁸ G. SCHULZE, "EGBGB", in *Nomos Kommentar BGB*, 2016, Anh II Art. 5 Par. 28; J. VON HEIN, "EGBGB", in *Münchener Kommentar BGB*, 2018, Anh II zu Art. 5 EGBGB Rn. 75.

⁵⁹ See Part II 3 above.

⁶⁰ P. LAGARDE (see fn. 44 above), Par.42.

⁶¹ P. LAGARDE (see fn. 44 above), Par.46.

32. Article 5 paragraph 2 is complemented by article 14 which contains a rule on continuity. Accordingly, a judicial decision taken before the change of residence survives until it is replaced by a decision taken in the new state of residence. A certain legal security is thereby provided for all cases in which a judicial decision has been taken. However, the rule in article 14 remains silent as to the question from what stage onwards a decision is protected by the survival ruled in article 14. The requirements a decision has to fulfill in order to survive in accordance with article 14 is controversial. The majority of the doctrine considers a survival limited to those decisions that have yet become *res judicata* as exceedingly strict.⁶² However, a first instance ruling that is still subject to at least another ruling on the facts might be a too early stage for a survival of the decision. In general, a last judicial ruling that includes a fact finding might be considered a reasonable requirement for the survival of a judicial decision under article 14.

33. Another rule dealing with cross-border cases, though not necessarily with border crossings, is the rule of the Hague Child Protection Convention on recognition of measures taken in other member states in article 23. According to article 23 paragraph 1, measures taken in a member state are recognized in all other member states by operation of law and to their full extent.

2. The 18th birthday

34. The moment a minor completes his or her 18th birthday, the Hague Child Protection Convention is no longer applicable. In absence of any written rule on the conflict-of-laws, an authority taking into consideration a child protection measure will no longer apply the Hague Child Protection Convention, but their own private international law in order to establish international jurisdiction or the applicable law. According to the common conflict-of-laws-rule, questions relating to the personal status including the legal capacity of a person are governed by the law of nationality.⁶³ In the case of a minor who recently completed his 18th year, the rules governing his capacity will in general be determined by his nationality. Two consequences arise: First, again, no weak spot, neither in the protection nor in the capacity of a person to conclude contracts, is to be feared, since the whole range of questions related to the personal status is governed by the law of nationality. Second, the age of 18 proves to be a date of paramount importance in the question which conflict-of-laws rules apply to a person.

VI. Conclusions

35. In comparison to its predecessor, the Child Protection Convention does determine the international jurisdiction in a very straightforward manner: Competence is vested in the authorities of the habitual residence. Where there is no habitual residence, the mere presence is enough. The former competition between the authorities of the child's residence and the authorities of his or her nationality, as it was under the Minor Protection Convention, is abolished.

36. The applicable law is the authority's own domestic law. Consequently, measures of protection are significantly facilitated and accelerated. If there is no decision as to the competent authority necessary, the applicable law is the law of the habitual residence. By that, the Convention unifies the conflict-of-laws rules that were foreseen by its predecessor and makes the habitual residence its core connecting factor. In the special case of refugee children, and of unaccompanied minors more generally, it takes their breach with their country of origin seriously. It could also be regarded as a modern instrument to foster the integration of unaccompanied minors since they are subject to their new home's law, already. The jurisdiction rule of the mere presence gives effect to that intention at a very early stage.

⁶² K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Art. 5 Par. 14; K. MARKWARDT (see fn. 51 above), Art. 5 Par. 13.

⁶³ See N. GONZÁLEZ MÉNDEZ DE VIGO, "Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/ innen/ Flüchtlinge - Grundlagen und Grundsätze", in *Themengutachten DJuF*, 2015, Par. 3, and D. SCHÄUBLE (see fn. 9 above), 14, for the German perspective.

37. The unified conflict-of-laws rule of the Convention is complemented by article 12 paragraph 1 of the Geneva Convention on the Status of Refugees according to which the personal status of a refugee shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he or she has no domicile, by the law of the country of his or her residence. This parallel between the Hague and the Geneva Convention render a clarification of a child's refugee status unnecessary. That might prove advantageous in comparison to the conflict-of-laws rule concerning adults, where non-refugee migrants are often governed by the law of their nationality. Again, the age of 18 is a cross-roads in the protection of a person under the Hague Convention, which makes a thorough age assessment even more important.

38. However, the Convention remains silent on a number of questions linked to child protection. Remaining problems are the questions of the demarcation of parental responsibility which is governed by the Convention and the personal status of children which is explicitly excluded. An example for demarcation problems is the emancipation that affects the personal status and, at the same time, extinguishes the parental responsibility.⁶⁴

39. Furthermore, due to the prevailing of the Brussels IIbis Regulation in the area of international jurisdiction, the impact of the Hague Child Protection Convention is practically limited to determining international jurisdiction in cases in which the children concerned are not present within the borders of the EU. The impact outside the geographical region of Europe, however, is limited by the growing, yet still limited, number of member states.⁶⁵ In the best interest of legal clarity with regards to the international jurisdiction in cases requiring child protection measures, further ratifications of the Hague Child Protection Convention can only be seen as desirable.⁶⁶

⁶⁴ See P. LAGARDE (see fn. 44 above), Par. 101 for further details.

⁶⁵ K. HILBIG-LUGANI (see fn. 11 above), Einl KSÜ Par. 5.

⁶⁶ This is even more desirable since there are no written rules on international jurisdiction and the applicable law for cases involving child protection measures apart from the Hague Child Protection Convention. With regards to the unwritten rule in german conflict-of-laws see D. SCHÄUBLE (see fn. 9 above), 7.

LAS DECISIONES DE ADECUACIÓN EN EL DERECHO EUROPEO RELATIVAS A LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS Y LOS MECANISMOS DE CONTROL APLICADOS POR LOS ESTADOS MIEMBROS

ADEQUACY DECISIONS IN EUROPEAN LAW RELATED TO INTERNATIONAL DATA TRANSFERS AND CONTROL MECHANISMS APPLIED BY THE MEMBER STATES

JUAN JOSÉ GONZALO DOMENECH
Consultor legal y seguridad
UBT Compliance

Recibido: 15.12.2018 / Aceptado: 29.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4624>

Resumen: La nueva legislación europea ha traído consigo un régimen sobre transferencias internacionales de datos mucho más desarrollado que la Directiva 95/46/CE, y de ello debemos destacar el nuevo régimen de la decisión de adecuación y la influencia de la STJUE Schrems en dicha redacción. El objetivo de este nuevo régimen es supervisar que todo país, sector u organización internacional declarado como “adecuado” lo continúe siendo a lo largo del tiempo, y si no fuera así, tomar medidas para resolver la situación.

Palabras clave: decisión de adecuación, RGPD, transferencia internacional de datos, Schrems.

Abstract: The new legislation has brought with it a regime on international data transfers that is much more advanced than Directive 95/46/EC, and we must highlight the new regime of the adaptation decision and the influence of RCJEU Schrems in that wording. The objective of this new regime is that the entire country, the sector or international organization declared as “adequate” continue to be so over time, and if not, take measures to fix the situation.

Keywords: adequacy decision, GDPR, international data transfer, Schrems.

Sumario: I. Introducción.- II. Concepto sobre transferencia internacional de datos.- III. El principio general de las transferencias internacionales de datos personales y las Decisiones de adecuación.- 1. El principio general de las transferencias internacionales de datos.- 2. Concepto y características de la Decisión de adecuación.- 3. Criterios de valoración para determinar la Decisión de adecuación.- A) Prerrequisitos.- B) Condiciones del artículo 45 del RGPD y 36 de la Directiva 2016/680: principios y *enforcement*.- C) Condiciones del tratamiento de los datos personales por parte de los Estados.- 4. Cuestiones procedimentales de la Decisión de adecuación.- IV. Las modificaciones urgentes llevadas a cabo por la Decisión de ejecución 2016/2295 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2016 derivadas de la STJUE Schrems.- V. La Decisión 2016/1250 y las dudas sobre su validez.- 1. Características generales.- 2. Principios del *Privacy Shield*.- 3. Críticas y amenazas al Privacy Shield.- 4. Los mecanismos judiciales de control de la legalidad de las decisiones sobre transferencias internacionales de datos ante la Comisión Europea en la legislación de los Estados miembros.- VI. La Decisión de ejecución de 23 de enero de 2019 sobre la adecuación de la protección de los datos personales que ofrece Japón.- VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Las transferencias internacionales de datos personales han sido uno de los caballos de batalla que ha tenido que afrontar la Unión Europea en materia de protección de datos, y esto se demuestra en las constantes batallas judiciales y políticas debido a la dudosa legalidad de algunos actos legislativos llevados a cabo por la Unión Europea. Podemos considerar como principales controversias propiciadas por la justicia europea los siguientes¹:

1. La STJUE 30 de mayo de 2006, asuntos C-317/04 y C-318/04, *Parlamento vs. consejo y comisión* la nulidad de la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (EE.UU.) debido a que el tratamiento de datos objeto de la Decisión se excluye de lo estipulado por la Directiva 95/46, y de la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, puesto que no puede ser adecuado a derecho la celebración de un acuerdo cuyo objeto se encuentra excluido de la directiva mencionada.
2. La Resolución del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2013, sobre la suspensión del acuerdo TFTP (Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo en castellano) a raíz de la vigilancia de la NSA (Agencia Nacional de Seguridad estadounidense)², insta a la Comisión Europea a actuar sobre la posible suspensión del acuerdo SWIFT (Sociedad para las Comunicaciones Interbancarias y Financieras Mundiales) de transmisión de datos bancaria.
3. La STJUE de la Gran Sala sobre el asunto C-362/14, *Schrems*, por el cual anula la Decisión de la Comisión de 26 de Julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación conferida por los principios de puerto seguro, porque se ha constatado que Estados Unidos no es un tercer país que garantice un nivel de protección adecuado.

2. Los sucesivos varapalos institucionales no han hecho más que aumentar la inseguridad jurídica dentro de los Estados miembros respecto a la posibilidad de efectuar una transferencia internacional de datos; puesto que las normas europeas vienen a traer estabilidad y uniformidad a una materia en la que se debe buscar una armonización global en los estándares de protección de datos³. Hasta la aplicación del RGPD, el carácter adecuado del nivel de protección era evaluado en primer lugar por el responsable del tratamiento, que transfiere datos personales a un tercer país, a veces en el marco del control a posteriori efectuado por la autoridad de control. Esta situación daba lugar a enfoques diferentes en la apreciación del nivel de protección garantizado por los terceros países u organizaciones internacionales y, por consiguiente, implicaba que el riesgo de que el nivel de protección de los interesados previsto en un tercer país se juzgue diferentemente de un Estado miembro a otro⁴.

3. El objetivo primordial de estas normas es garantizar que, cuando se transfieran datos personales de ciudadanos situados en la Unión Europea a terceros países, se mantenga el mismo nivel de protección con respecto a los mismos⁵.

¹ Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, "Transferencia internacional de datos personales: del Safe Harbour al Privacy Shield", *Revista Lex Mercatoria: Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, nº 4, 2016, p. 85.

² Texto aprobado, P7_TA(2013) 0449.

³ Vid. F. BLAS, "Transferencias internacionales de datos, perspectiva española de la necesaria búsqueda de estándares globales", *Revista Derecho del Estado*, nº 23, 2009, p. 49.

⁴ COM (2010) 609.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. COM(2017) 7 final/2.

4. Se ha reflejado en el Reglamento (UE) 2016/679⁶ (RGPD) y en la Directiva (UE) 2016/680, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos la importancia de las transferencias de los flujos de datos a terceros países para la expansión del comercio⁷ manifestado en el considerando 1 del RGPD y de la cooperación internacional en materia de seguridad y prevención de delitos en el considerando 7 de la Directiva 2016/680, pero las transferencias internacionales de datos no deben menoscabar el derecho a la protección de datos de los particulares⁸. Por ello, el nuevo régimen de las transferencias internacionales de datos del RGPD tiene una doble razón de ser: por un lado, eliminar las restricciones irracionales en el movimiento internacional de datos, y por el otro; procurar una actuación coordinada por parte de las autoridades estatales para hacer frente a la nueva delincuencia internacional. En definitiva, proporcionar garantías a todos los actores intervinientes en estas situaciones⁹.

5. Las Decisiones de adecuación surgen en este nuevo contexto legal como la herramienta jurídica más "segura" para transferir datos a terceros Estados u Organizaciones Internacionales. Tras la derogación de la Decisión de los principios de Safe Harbour, dichas Decisiones se encuentran en tela de juicio a raíz de la STJUE *Schrems* en 2015. De hecho, ya la propia Comisión consideraba que estas Decisiones no estaban lo suficientemente especificadas¹⁰, por lo podría producir inseguridad en los actores en los movimientos internacionales de datos.

II. Concepto sobre Transferencia internacional de datos

6. El concepto objeto de estudio debe entenderse desde una doble perspectiva del Derecho europeo y el Derecho internacional emanado del Convenio del Consejo de Europa 108, relativo a la protección de los individuos en el tratamiento automatizado de datos personales, actualizado por el protocolo 223 (Convenio 108+). La determinación de dicho concepto desde una perspectiva técnica se antoja difícil en la práctica debido a los numerosos medios electrónicos e intermediarios que nos podemos encontrar en el proceso¹¹, pero legalmente, la definición de "transferencia internacional de datos" podemos encontrarla en el Informe explicativo del artículo 14 del Convenio 108+ definiéndola como aquellos datos personales se divulgan o se ponen a disposición de un receptor sujeto a la jurisdicción de otro Estado u organización internacional¹². La definición presentada por el texto deriva de una construcción doctrinal y jurisprudencial¹³ empezando por el TJUE, sin llegar a dar una definición formal, ha delimitado en sentido negativo el contenido de la definición a raíz de la STJUE *Lindqvist*¹⁴.

7. El objeto principal de la cuestión planteada al TJUE era determinar si la publicación de datos personales en una página web almacenada por su proveedor de servicios de alojamiento domiciliado en la Unión, en la que se puede acceder desde cualquier lugar debe ser considerada como una transferencia

⁶ DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

⁷ Vid. J. OSTER, *European and International Media Law*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2017, p. 351.

⁸ Vid. Considerando 101 del RGPD, y 69 y 70 de la Directiva 680/2016.

⁹ Vid. M. RECIO GAYO, *Protección de datos personales e innovación: ¿(In)compatibles?*, Madrid, Reus, 2016, p. 89.

¹⁰ COM (2010) 609 final.

¹¹ Vid. W. KUAN HON, *Data Localization Laws and Policy: The EU Data Protection International Transfers Restriction Through a Cloud Computing Lens*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 69.

¹² *A transborder data transfer occurs when personal data is disclosed or made available to a recipient subject to the jurisdiction of another State or international organisation.*

¹³ El Real decreto 1720/2007 que desarrolla la LO 15/1999 recogía una definición en el Artículo 5.1.s): Transferencia internacional de datos: Tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español.

¹⁴ STJUE 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101-01.

internacional (apartado 71 STJUE *Lindqvist*), la cual se determinó que no debe considerarse como tal; aunque sí se considera un tratamiento de datos¹⁵.

8. El tribunal basa su fallo fundamentalmente en la naturaleza técnica de las operaciones efectuadas. El acto de haber publicado en una página web los datos personales no implica *una transmisión directa entre dos sujetos, sino que se han transmitido con ayuda de una infraestructura informática* (apartado 60 STJUE *Lindqvist*). Esto quiere decir que uno de los elementos constituyentes de una “transferencia internacional de datos” es la existencia de dos sujetos en el proceso (un exportador de datos, y un importador de estos).

9. Siguiendo (en parte) a la doctrina, una “transferencia internacional de datos” deberá constar de los siguientes elementos¹⁶:

- 1) Debe tratarse de datos de carácter personal; esto es, de “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. En definitiva; “que permitan identificar o hacer identificable a una persona de manera directa o indirecta”¹⁷.
- 2) Los datos de carácter personal que vayan a transmitirse vienen referidos tanto a aquellos que son tratados de forma automatizada (movimientos realizados por medios informatizados) como a los tratados de forma no automatizada (aquellos realizados por medios convencionales).
- 3) La transferencia internacional de datos se efectúa con el objeto de realizar un tratamiento de datos de carácter personal por parte del destinatario de los mismos, ya sea tanto cesión (a otro responsable) como prestación de un servicio (encargado de tratamiento).
- 4) El traslado físico efectivo de los datos de carácter personal, de un lugar del EEE a cualquier otro Estado, región, u Organización Internacional.
- 5) El lugar de destino de los datos de carácter personal debe encontrarse en un territorio externo al EEE o de las partes no contratantes.
- 6) Existirá transferencia internacional de datos personales en cualquiera de los dos casos siguientes: cuando constituya una cesión o comunicación de datos o cuando tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable mediante un encargo de tratamiento.

10. Como hemos visto, supone un movimiento de datos entre un exportador, y un importador, los cuales pueden actuar como responsables o encargados; por lo que, dependiendo de la posición de las partes en esta operación, el exportador deberá cumplir con el deber de información, legitimar la transferencia mediante la base legal o excepción contemplada, y la adopción de un acto vinculante que contenga las disposiciones del artículo 28 del RGPD, y cualesquiera otras obligaciones que imponga la legislación nacional en caso de que nos encontremos ante un movimiento de responsable a encargado, o un contrato de cesión donde se presten las garantías adecuadas.

11. Nadie duda de los supuestos de acceso internacional a bases de datos mediante instrumentos remotos¹⁸, e incluso se ha llegado a valorar la posibilidad de considerar los supuestos de “acceso internacional” a páginas webs como transferencias internacionales. PIÑAR MAÑAS aporta como argumento el nuevo artículo 49.1.g) del RGPD, que considera válida la transferencia cuando se realice desde un registro público que, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, tenga por objeto facilitar la información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que

¹⁵ Apartado 27 STJUE *Lindqvist*.

¹⁶ Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A., *La (des) protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita*, AEPD, Madrid, 2015, pp. 23, y *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 31.

¹⁷ Vid. Artículo 4.1) del RGPD.

¹⁸ Vid. Informe AEPD 190/2007.

pueda acreditar un interés, pero solo en la medida en la que se cumplan las condiciones que establece el Derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta. Es decir, bastaría con la puesta a disposición de los datos¹⁹, misma postura que mantiene el Supervisor Europeo de Protección de Datos²⁰. Aunque puede llegar a asimilarse, es dudosa la analogía presentada al asemejar un registro oficial de cualquier Estado miembro a cualquier página web de internet observando la literalidad de la norma.

III. El principio general de las transferencias internacionales de datos personales y las decisiones de adecuación

1. El principio general de las transferencias internacionales de datos

12. El principio contemplado en la normativa de aplicación²¹ determina que solo se podrán efectuar transferencias internacionales de datos a un tercer país u organización internacional si: 1) cumple con todas las obligaciones relativas al tratamiento recogidas en la normativa aplicable (muy complicado en la práctica), 2) asegura las suficientes garantías a la hora de realizar la transferencia internacional, en especial, las consistentes en garantías en las ulteriores transferencias. Por lo tanto, si un responsable pretende transferir datos personales a un tercer Estado, región u organización internacional no solo debe afirmar que es “segura”, también debe acreditar que cumple con todos los elementos obligatorios y que, en caso de efectuar sucesivas transferencias internacionales de datos a otros proveedores, también estos adoptan las garantías tecnológicas suficientes²². En efecto, este método supone un sistema de “doble factor”²³ en el que se deben cumplir escalonadamente dichos criterios para efectuar una transferencia.

13. Por otra parte, el Convenio 108+ impone la regla general del libre movimiento de datos entre las partes contratantes del Convenio, sin que se admitiese ninguna prohibición a este libre movimiento, más que la existencia de un riesgo en el Estado contratante sobre el incumplimiento de las disposiciones del tratado. Pero la presente disposición limita su aplicación en los Estados contratantes que tuviesen normas armonizadas sobre transferencias internacionales de datos personales. Es decir, un Estado de la Unión Europea no podrá enviar libremente los datos personales a un Estado contratante no miembro de la Unión, teniendo que cumplir el Estado exportador las obligaciones de la normativa europea, con el fin de proteger bajo las leyes de la Unión Europea el movimiento internacional de datos de los habitantes de la Unión Europea²⁴.

14. En el caso de la Directiva 2016/680, se establecen principios completamente opuestos con el fin de adaptar el fin de la transferencia al objeto de la Directiva. Se establece un principio general de prohibición de realizar transferencias internacionales, salvo que se cumplan una serie de requisitos:

- a) El fin de la transferencia debe ser la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.
- b) La transferencia debe hacerse a una autoridad competente como responsable del tratamiento cuya misión sea similar al fin de la transferencia.
- c) Si los datos fueran obtenidos de otro Estado miembro, será necesario el consentimiento de dicho Estado para la transferencia.

¹⁹ Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS, *op. cit.*, p. 433.

²⁰ Vid. SEPD, The transfer of personal data to third countries and international organizations by EU institutions and bodies, Position paper, Bruselas, 2014, pp. 5-6.

²¹ Artículos 44 del RGPD, 36 de la Directiva 2016/680 y 14 del Convenio 108+.

²² Vid. E. DÍAZ DÍAZ, “El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, p. 13.

²³ Vid. A. PAUL VOIGT, von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Springer, 2017, pp. 117.

²⁴ Vid. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, Luxemburgo, Oficina de la Unión Europea, 2018, p. 52.

- d) Las garantías adecuadas, que pueden plasmarse mediante una Decisión de la Comisión, o mediante otros instrumentos jurídicos vinculantes, y
- e) En caso de transferencias ulteriores, la debida ponderación por la autoridad de control pertinente entre el riesgo que supone la transferencia y la gravedad del delito perseguido.

2. Concepto y características de la Decisión de Adecuación

15. Como norma general, esa transferencia será autorizada mediante una decisión de adecuación que certifique que ese país, región, u organización internacional tiene un “nivel de protección adecuado” sin necesidad de autorización singular de alguna Autoridad de Supervisión. Una decisión de adecuación no deja de ser una Decisión de Ejecución, un acto jurídico realizado por la Comisión Europea y habilitado en este caso por el RGPD, Directiva 2016/680 y el artículo 288 del TFUE que permite declarar a un tercer Estado con un nivel de protección adecuado. La decisión no viene a declarar la legislación sobre protección de datos de ese tercer Estado “igual” que el reglamento, sino que viene a valorar adecuadamente la legislación, o en términos de la STJUE *Schrems*, declarar la legislación del tercer Estado “sustancialmente equivalente”²⁵. Para lograrlo, “los medios a los que puede recurrir un tercer país, a este respecto, a los efectos de dicho nivel de protección pueden diferir de los empleados en la UE”. Por lo tanto, el objetivo no es reflejar punto por punto la legislación europea, sino establecer los requisitos básicos esenciales de esa legislación.

16. Como acto jurídico vinculante de la Unión Europea, tiene eficacia directa en los Estados miembros, y viene a informar a dichos Estados que se pueden realizar transferencias internacionales a esos terceros Estados sin ninguna restricción. Por lo tanto, podemos considerar este instrumento como el medio más eficaz para la realización de transferencias internacionales a terceros Estados debido a su generalidad y “confianza” que aporta la Comisión Europea al garantizar como seguro a ese tercer Estado, aunque debe tomarse al fin y al cabo como una presunción de garantía, tal y como hemos observado en la STJUE *Schrems*, puesto que podría impugnarse ante el TJUE dicha Decisión si se constatase que el tercer Estado, región u organización internacional no garantiza un nivel de seguridad suficiente.

17. Una característica reseñable de las Decisiones de adecuación es la flexibilidad con la que se pueden configurar de cara a las condiciones de transmisión con esos terceros sujetos. Las Decisiones de adecuación pueden referirse tanto a una adecuación “total” del territorio o a una adecuación parcial; es el caso de las Decisiones de adecuación sobre Canadá y Estados que tratan sobre adecuaciones parciales a determinados sectores o empresas. En Canadá, solo podrán transferirse datos personales a las entidades que se enmarquen en la *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*; y en EE. UU, a las entidades que hayan adquirido unos estándares y principios relativos a la protección de datos, o incluso para determinados tratamientos, como es Israel, que se aplica para los tratamientos automatizados.

18. El efecto principal de una decisión de adecuación es la innecesidad de una autorización específica (artículo 45.1 del RGPD) al otorgar una equivalencia de la transferencia realizada a ese tercer Estado u organización internacional a un movimiento de datos realizado entre los Estados del Espacio Económico Europeo, aunque no supone en ningún momento la excepción de cumplir con la adopción de un contrato de encargado entre el exportador y el importador y, aunque no fuese obligatorio en las comunicaciones de datos personales, un contrato de cesión de datos donde estipule una serie de garantías respecto al origen y base legal de la recogida de datos permitiría afrontar estas operaciones con mayor seguridad jurídica tanto para las partes como para los afectados. Cabe decir que el hecho de que se haya emitido una decisión de adecuación sobre la base del RGPD, no equivale a obtener un reconocimiento similar respecto a las decisiones de adecuación sobre la base de la Directiva 2016/680 a tenor del

²⁵ STJUE 6 de octubre de 2015, *Maximillian Schrems / Data Protection Commissioner*, C-362/14, apartados 73, 74 y 96. Véanse también el considerando 104 del RGPD y el considerando 67 de la Directiva 680/2016.

considerando 68 de esta norma, por lo que serán necesarias decisiones de adecuación separadas, o una decisión que, expresamente, reconozca el alcance de la decisión a los fines del RGPD y de la Directiva 680/2016; aunque la Comisión Europea deberá tener en cuenta las decisiones de adecuación realizadas sobre la base del RGPD. Consecuentemente la adopción de una Decisión de adecuación conlleva también un deber de supervisión de para la Comisión Europea de manera continuada de los acontecimientos de dichos países, sectores u organizaciones internacionales (artículo 45.4 del RGPD).

19. El 8 de febrero de 2018, el Grupo de trabajo del artículo 29 (que a partir del 25 de mayo pasó a denominarse Comité Europeo de Protección de Datos) publicó el WP254, una actualización del WP12 por el cual estipula y enumera unos requisitos respecto a la consideración como “adecuado” el nivel de protección de un Estado, el cual era de 1998²⁶. El nuevo WP viene a desarrollar los requisitos recogidos en el artículo 45 del RGPD. La consideración de “adecuado” se logra mediante una combinación de derechos para los afectados y obligaciones para los responsables del tratamiento y qué tipo de organismo puede hacer cumplir los derechos, y sobre todo el sistema que garantice la efectividad de la legislación vigente. Este concepto ha sido criticado por su ambigüedad, por lo que la existencia de este documento viene a arrojar claridad respecto a la interpretación y conceptualización de dicho requisito²⁷

3. Criterios de valoración para determinar la Decisión de Adecuación

20. Este tipo de decisiones rompen el procedimiento tradicional de las decisiones europeas, por lo que se ha instaurado un procedimiento donde intervienen más actores y criterios a la hora de redactar la Decisión, lo que supone un procedimiento especial adecuado a las necesidades propias de la legislación de protección de datos, que goza de una sensibilidad especial.

21. Los elementos, principios y condiciones que se tienen en cuenta para determinar a un tercer Estado, región u organización internacional como seguro se encuentran en varios documentos tanto normativos como recomendaciones de diferentes organismos de la Unión Europea.

A) Prerrequisitos

22. En primer lugar, la Comisión Europea ha adoptado en la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado, una serie de criterios por los cuales sirven como punto de partida a la hora de entablar un diálogo para decidir sobre la adecuación:

- a) el alcance de las relaciones comerciales (efectivas o posibles) de la UE con un determinado tercer país, incluida la existencia de un acuerdo de libre comercio o de negociaciones en curso;
- b) la magnitud de los flujos de datos personales con origen en la UE, que reflejan lazos geográficos o culturales;
- c) si el tercer país es pionero en el ámbito de la protección de datos y la privacidad y puede servir de modelo para otros países de su región, y
- d) la relación política global con el tercer país en cuestión, en particular por lo que respecta al fomento de valores comunes y objetivos compartidos a escala internacional.

23. Estos prerrequisitos tienen una finalidad comercial con dichos países, y se priorizarán a aquellos que, por intereses comerciales, se precise la necesidad de establecer una Decisión de adecua-

²⁶ WP12, “Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive” adoptado por el Working Part el 24 de julio de 1998.

²⁷ Vid. E. CERDA SILVA, “El “nivel adecuado de protección” para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 36, 2011, p. 335.

ción para aumentar las relaciones con dichos sujetos. Los dos últimos prerequisites suponen examinar de forma superficial los criterios recogidos en la norma, lo que supone prejuzgar el cumplimiento de los requisitos antes de hacerlo en su fase correspondiente.

B) Condiciones del artículo 45 del RGPD y 36 de la Directiva 2016/680: principios y *enforcement*

24. Una vez constatados los prerequisites para comenzar el diálogo con los Estados, regiones u organizaciones internacionales, se valorarán los requisitos propios del artículo 45 del RGPD:

- a) El marco jurídico en general: el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación pertinente, tanto general como sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales, así como la aplicación de dicha legislación, las normas de protección de datos, las normas profesionales y las medidas de seguridad, incluidas las normas sobre transferencias ulteriores de datos personales a otro tercer país u organización internacional observadas en ese país u organización internacional;
- a) la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control independientes en el tercer país o a las cuales esté sujeta una organización internacional, con la responsabilidad de garantizar y hacer cumplir las normas en materia de protección de datos, incluidos poderes de ejecución adecuados, de asistir y asesorar a los afectados en el ejercicio de sus derechos, y de cooperar con las autoridades de control de la Unión y de los Estados miembros, y
- c) los compromisos internacionales asumidos por el tercer país u organización internacional de que se trate, u otras obligaciones derivadas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes, así como de su participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales.

25. Por lo tanto, es evidente que cualquier análisis significativo de la protección adecuada debe comprender los dos elementos básicos: 1) el contenido de las normas aplicables y 2) los medios para garantizar su aplicación efectiva. Corresponde a la Comisión Europea verificar, de forma periódica, que las normas establecidas sean efectivas en la práctica. Ese contenido debe tener como “modelo a seguir” las reglas contenidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el propio RGPD, además de la propia participación del Estado en convenios internacionales tales como el Convenio 108 o la participación en otros estándares internacionales como las *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files*. Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/95 (1990); Marco de privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (2005); Directrices para la armonización de la protección de datos en la Comunidad Iberoamericana; Estándares internacionales de Privacidad. Resolución de Madrid (noviembre 2009) y las Directrices de privacidad de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2013). Ya adelantamos que el cumplimiento de dichos principios se prevén difíciles de cumplir por las organizaciones internacionales, puesto a que están fuertemente orientados a los Estados.

26. El contenido de los principios relativos a la protección de datos se ha manifestado en el WP254. Todos ellos suponen en síntesis los elementos fundamentales plasmados en el RGPD, y que deberían estar en toda legislación para que pueda considerarse como “equivalente” a efectos de la Comisión Europea. En general, este conjunto de requisitos viene a modernizar los ya recogidos en el WP12, adaptándolos tanto a la actual legislación como a la situación global respecto a la protección de datos:

- a) Conceptos: no significa que deban ser iguales a los recogidos en el RGPD, pero que reflejen su significado a la luz del reglamento.
- b) Bases legales: Los datos deben procesarse de manera legal, justa y legítima. Las bases legales deben ser lo suficientemente claras. Algunos ejemplos pueden ser las disposiciones de

la legislación nacional, el consentimiento del interesado, la ejecución de un contrato o un interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero que no anula los intereses del individuo.

- c) Principio de limitación del tratamiento: tratar los datos solo para la finalidad prevista y limitar los tratamientos ulteriores para finalidades compatibles entre sí.
- d) Principios de calidad de los datos y el de proporcionalidad: Los datos deben ser precisos y, de ser necesario, mantenerse actualizados. Los datos deben ser adecuados, relevantes y no excesivos en relación con los fines para los que se tratan.
- e) Conservación de datos: como regla general, no se deben guardar por más de lo necesario de acuerdo a la finalidad.
- f) Principios de seguridad y confidencialidad: durante el proceso de tratamiento debe aplicarse los principios de privacidad desde el diseño y por defecto para defenderse de cualquier amenaza.
- g) Principio de transparencia: la información para los afectados debe transmitirse de forma clara, accesible, concisa, transparente e inteligible.
- h) Derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición: Deben contemplarse en la legislación extranjera el núcleo duro de los derechos de la protección de datos; con el límite a esos derechos la salvaguarda de las investigaciones penales, la seguridad nacional, la independencia judicial y los procedimientos judiciales u otros objetivos importantes de interés público general.
- i) Restricciones en las transferencias posteriores: las transferencias posteriores deben limitarse. Solo se podrán realizar cuando el país posterior garantice un nivel de protección al del primer país destinatario.

27. En determinados tratamientos que puedan afectar de manera más sensible a los sujetos, deberán contener las siguientes previsiones con un fin más protector:

- a) Datos especialmente protegidos: para dicha categoría de datos, es necesaria una base legal más reforzada, como puede ser el consentimiento explícito.
- b) Marketing directo: cuando esta sea la finalidad, el afectado deberá tener el derecho a oponerse a dicho tratamiento en cualquier momento.
- c) Decisiones automatizadas y *profiling*: deben existir ciertas condiciones para aplicar dicho tratamiento, como puede ser la existencia del consentimiento del afectado o la necesidad para la ejecución de un contrato, además de las salvaguardas necesarias como el derecho a ser informado sobre los motivos específicos subyacentes a la decisión y la lógica involucrada, para corregir información inexacta o incompleta, y para impugnar la decisión donde ha sido adoptado sobre una base fáctica incorrecta.

28. El conjunto anterior de previsiones no deja de ser un contenido “principal” sobre lo que una legislación sobre protección de estos debería ser, pero ese contenido carecerá de valor práctico sin un sistema de aplicación y cumplimiento de dicho contenido. El *enforcement* se erige como pilar fundamental en cualquier Estado que desarrolle el derecho a la protección de datos, y el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) presenta las medidas para aplicar este concepto:

- a) Autoridad de supervisión independiente: en el tercer Estado debe existir una autoridad independiente que supervise el cumplimiento de la legislación sobre la protección de datos y que tenga facultades inspectoras.
- b) La legislación sobre protección de datos debe garantizar el cumplimiento: debe establecerse un sistema de obligaciones y responsabilidades, y para los interesados en concreto, debe existir un marco de derechos y medios para ejercerlos. A su vez, debe existir también un conjunto de sanciones disuasorias.
- c) Cumplimiento por parte de los actores: Las entidades que traten datos personales deben poder probar el cumplimiento de la normativa ante la autoridad de supervisión independiente.

Las medidas pueden ser, por ejemplo, evaluaciones de impacto de protección de datos, mantenimiento de registros o archivos de registro de actividades de tratamiento de datos durante un período de tiempo apropiado, la designación de un Delegado de Protección de Datos, o incluir en los procesos medidas de protección de datos por diseño y por defecto.

- d) La legislación sobre protección de datos debe orientarse al apoyo y ayuda de los afectados en el ejercicio de sus derechos: Deben existir mecanismos legales para el efectivo cumplimiento de los derechos de los afectados como un sistema de denuncias ante la autoridad independiente sin que su acceso suponga un coste prohibitivo al afectado, además de otros medios legales que permitan tener una indemnización en el caso de que se haya producido un daño efectivo y un sistema de sanciones efectivas.

C) Condiciones del tratamiento de los datos personales por parte de los Estados

29. Otro criterio a tener en cuenta es el marco legal de los supuestos de acceso a datos personales que realizan los propios Estados, como son los WP 237 sobre videovigilancia y WP 228 sobre vigilancia en las comunicaciones electrónicas para fines de inteligencia y seguridad nacional. Ahora más que nunca, los Estados están orientando su política de seguridad nacional para permitir el acceso a datos personales en caso de que pueda invocarse este motivo debido a las condiciones sociopolíticas que sufrimos actualmente, por lo que debe considerarse este marco a la hora de determinar la adecuación de un Estado. Para considerar como un Estado con garantías, deberán cumplirse los siguientes principios:

- 1) El tratamiento debe basarse en reglas claras, precisas y accesibles (base legal).
- 2) Es necesario demostrar la necesidad y la proporcionalidad con respecto a los objetivos legítimos perseguidos.
- 3) El procesamiento debe estar sujeto a supervisión independiente.
- 4) Deben ponerse a disposición de los afectados acciones efectivas.

30. En este sentido, los terceros Estados deberán conseguir unas garantías equivalentes a las ofrecidas por la Directiva 2016/680, puesto que esta norma contempla unas limitaciones al derecho fundamental a la protección de datos asumibles a los intereses públicos que persiguen los Estados en materia de prevención delictiva.

4. Cuestiones procedimentales de la Decisión de adecuación

31. El procedimiento para instar una decisión de adecuación no se recoge en el RGPD, pero podemos vislumbrar a algunos actores que pueden instarlo²⁸:

- a) La propia Comisión Europea, previa valoración de los prerequisites mencionados.
- b) El Comité Europeo de Protección de datos, cuyo artículo 70.1 permite actuar por iniciativa propia en el ejercicio de sus funciones, que alcanza al dictamen de la letra s).
- c) Por un Acuerdo Internacional previo suscrito por la Comisión, como fue el caso del Acuerdo entre la Comisión Europea y EE. UU de 2 de febrero de 2016, que dio lugar a la aprobación del *Privacy Shield*, o el más recientemente, el Tratado de Libre Comercio firmado con Japón.
- d) Por instancia del propio sujeto interesado y supeditado a los prerequisites de la propia Comisión.

32. Si la Comisión valora que el tercer país, organización internacional o sector cumple todos los principios y requisitos legales, la Comisión Europea emitirá un acto de ejecución (Decisión) declarando a ese tercer país, organización o región como seguro. En la propia Decisión deberá estipularse

²⁸ *Vid.* J. L. PIÑAR MAÑAS, “Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales”, en J. L. PIÑAR MAÑAS, (Dir.), *op. cit.*, p. 441.

el ámbito de aplicación territorial y sectorial y las autoridades independientes. Deberá emitirse previamente la opinión del Comité Europeo de Protección de Datos evaluando el nivel de seguridad de dicha entidad. La decisión se tomará conforme al artículo 5 del Reglamento (UE) 2011/182 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión²⁹.

33. Podemos encontrar un sistema de triple control tanto *ex ante* como *ex post* a la hora de dictar una Decisión de adecuación. Este sistema garantiza, por un lado, la compatibilidad previa con el Derecho de la Unión tanto de forma general como especial en cuanto a la protección de datos; y por el otro, garantizar la adecuación posterior de la Decisión a la realidad jurídico-social del momento:

34. Un primer control *ex ante* de carácter general del procedimiento de examen. Antes de aprobar cualquier acto de ejecución, el proyecto debe ser sometido al dictamen de un comité de representantes de los miembros de la Unión Europea (como el del artículo 31 de la Directiva 95/46CE, el cual viene a ser sustituido), pero bajo el régimen del procedimiento de examen del Reglamento (UE) 2011/182, mediante la adopción del dictamen por las mayorías del artículo 238.3 del TFUE al tratarse de un proyecto de decisión de la Comisión Europea. Los porcentajes de votación son:

- i. Si una mayoría cualificada (el 55% de los países de la UE que representen como mínimo al 65% de la población total de la UE) vota a favor de la propuesta de acto de ejecución, la Comisión debe adoptarlo.
- ii. Si una mayoría cualificada vota en contra de la propuesta, la Comisión no puede adoptarlo. En este caso, la Comisión puede recurrir a comité de apelación.
- iii. Si no hay mayoría cualificada ni a favor ni en contra del acto propuesto, la Comisión puede adoptarlo o presentar una nueva versión modificada.

35. Esta metodología, bautizada como “comitología” supone una herramienta de control a la Comisión Europea por parte de los miembros de la Unión Europea, y se refleja en el dictamen vinculante de dicho Comité, el cual, si no aprueba el proyecto, la decisión no sale aprobada.

36. Un segundo control *ex ante* de carácter específico. A su vez, el artículo 70.1.s) del RGPD habilita al Comité Europeo de Protección de Datos a emitir un dictamen sobre la adecuación de ese tercer Estado, región u organización internacional; para ello le será remitida toda la información pertinente tales como la correspondencia con ese destinatario, que es de obligada redacción según el Considerando 105 del RGPD. El ejemplo más reciente lo encontramos en la correspondencia mantenida con el gobierno de los EE.UU. Hay que destacar que la opinión que dicte el Comité Europeo de Protección de Datos no es vinculante, a diferencia del dictamen del comité del Reglamento (UE) 184/2011. Sin embargo, en la práctica se ve la necesidad de coincidencia de ambas opiniones. Se ve improbable que el comité de representantes, erigido como órgano de control de la Comisión Europea en primera instancia apruebe un proyecto de decisión el cual no cuenta con el beneplácito del Comité Europeo de Protección de Datos. Este control ejercido por el comité presenta un carácter más técnico que en el recogido en el procedimiento de examen, puesto que el primero mientras analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión en general, este segundo presta atención a la compatibilidad con la protección de dato.

37. Un tercer control *ex post* por la propia Comisión Europea. Una vez ya sea de aplicación la Decisión, se prevé un mecanismo de revisión cada cuatro años con el objetivo de controlar si ese tercer estado, región, u organización internacional sigue cumpliendo con tales condiciones (45.3 RGPD). Si se observa que ya no se cumple tal nivel, la Comisión derogará, suspenderá o modificará la decisión y

²⁹ DOUE L 55/13 de 28.2.2011. Actualmente hay una propuesta de reforma: Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n.º 182/2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (COM(2017) 85 final).

para ello, según el Considerando 106, deberá tener en cuenta los pronunciamientos del Parlamento y Consejo, además de la opinión de otras entidades. La decisión que estipule que ya no se garantiza un nivel adecuado de protección, tendrá como efecto directo la prohibición de realizar transferencias internacionales de datos (Considerando 107 del RGPD), sin perjuicio de las transferencias realizadas con los mecanismos de los arts. 46-49 del RGPD. Se entablarán conversaciones con ese estado para poner remedio a la situación anterior (45.6 RGPD). Esta última previsión hace una clara referencia a la STJUE *Schrems*, por la cual se anuló a Decisión 2000/520. Aunque según el WP 254, ese marco de cuatro años debe adaptarse según el tercer Estado al que se refiera la Decisión de Adecuación debido a la estabilidad del propio Estado en el marco de la legislación sobre protección de datos: si dicho Estado emprende una reforma, será necesaria la revisión de esta nueva legislación, lo que adelantaría la misma.

38. Sin embargo, encontramos un hito procedimental no previsto en la norma tras la aprobación de la Decisión de ejecución de 23 de enero de 2019³⁰ por la que declara adecuadas las garantías ofrecidas por Japón. Observamos en el Considerando 190 que el Parlamento Europeo emitió una resolución sobre la idoneidad de las garantías ofrecidas por Japón respecto a la protección de datos³¹ promovida por el Comité de Libertades, Justicia y asuntos interiores. El Parlamento Europeo avaló el proyecto de decisión, siendo el último paso previo a su adopción. La participación de este órgano, sin duda, refuerza aún más el acto emitido por la Comisión al contar con otro de los principales órganos políticos de la Unión Europea, y que esperemos sea continuada su participación en futuros procedimientos.

39. El artículo 45.9 del RGPD determina que las actuales decisiones de adecuación continuarán vigentes hasta que la Comisión Europea las modifique o anule Actualmente; los Estados sobre los que existe una decisión de adecuación son: Suiza³², Canadá³³, Argentina³⁴, Guernsey³⁵, Isla de Man³⁶, Jersey³⁷, Islas Feroe³⁸, Andorra³⁹, Israel⁴⁰, Uruguay⁴¹, Nueva Zelanda⁴², y Estados Unidos de América⁴³. Estas decisiones deben reevaluarse hasta el 25 de mayo de 2020 y a partir de ahí, cada cuatro años como mínimo. Actualmente se mantienen conversaciones con Corea del Sur⁴⁴ y se tienen en cuenta a otros socios estratégicos como la India, países de América Latina y países con la vecindad europea.

IV. Las modificaciones urgentes llevadas a cabo por la Decisión de ejecución 2016/2295 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2016 derivadas de la STJUE *Schrems*

40. Las decisiones de todos estos Estados –excepto la de EE.UU. y Canadá– fueron modificadas por la Decisión de ejecución 2016/2295 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2016; en las que se añadieron mayores controles por parte de la Comisión a los países con el nivel de protección adecuado respecto a su ordenamientos jurídicos.

³⁰ C(2019) 304 final.

³¹ 2018/2979(RSP).

³² Decisión 2000/518/CE de la Comisión, de 26 de julio.

³³ Decisión 2002/2/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, respecto de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley canadiense de protección de datos.

³⁴ Decisión 2003/490/CE de la Comisión, de 30 de junio de 2003.

³⁵ Decisión 2003/821/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2003.

³⁶ Decisión 2004/411/CE de la Comisión, de 28 de abril de 2004.

³⁷ Decisión 2008/393/CE de la Comisión, de 8 de mayo 2008.

³⁸ Decisión 2010/146/UE de la Comisión, de 5 de marzo de 2010.

³⁹ Decisión 2010/625/UE de la Comisión, de 19 de octubre de 2010.

⁴⁰ Decisión 2011/61/UE de la Comisión, de 31 de enero de 2011.

⁴¹ Decisión 2012/484/UE de la Comisión, de 21 de agosto de 2012.

⁴² Decisión 2013/65/UE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012.

⁴³ Decisión 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016. Aplicable a las entidades certificadas en el marco del Escudo de Privacidad UE-EE. UU.

⁴⁴ https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-transfers-outside-eu/adequacy-protection-personal-data-non-eu-countries_en

41. La modificación perseguía un fin claro: evitar otro caso *Schrems*. Analizando detenidamente la STJUE, el tribunal se basa en dos pilares fundamentales para decretar la nulidad de la decisión 2000/520:

- a) La nulidad del artículo 1 de la Decisión: Dicho artículo garantizaba que los principios de puerto seguro recogidos en el anexo I de la Decisión. En lo propios principios se estipula una primacía de las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley estadounidense sobre los propios principios, por lo que se permite una injerencia en sus derechos fundamentales con la mera alegación de dichas razones. A su vez, no existen normas en EE.UU que limite las injerencias en la vida privada de las personas, y los mecanismos de resolución de conflictos solo afectan a conflictos entre afectados y empresas, no cuando la injerencia se produzca por parte del Estado. Además, la ley estadounidense no establece límites a la conservación y tratamientos de datos personales transferidos desde la Unión Europea a EE.UU y que por motivos similares, el TJUE declaró nula la Directiva 2006/24/CE en la STJUE *Digital Rights Ireland*. Visto que EE.UU no garantiza un adecuado nivel de protección, dicho artículo contradice a los arts. 7 y 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.
- b) La nulidad del artículo 3⁴⁵ de la Decisión: Cuestión que pretendo resaltar en el presente apartado, dicho artículo fue declarado también nulo. El artículo 28.6 de la Directiva permite a cualquier autoridad de control de los Estados miembros ejercer con independencia cualquier competencia atribuida por la propia Directiva. En este caso, la autoridad de control sería competente para resolver cualquier solicitud relativa a la compatibilidad de una decisión de la Comisión Europea con la propia Directiva en virtud de las competencias también atribuidas por los Estados miembros⁴⁶. Pero la decisión estipulaba un régimen limitativo de las competencias de las autoridades de control que contradecía al artículo 28 de la Directiva 95/46/CE.

⁴⁵ Artículo 3 de las Decisiones de adecuación previas a la reforma por la Decisión de ejecución 2295/2016: *1. Sin perjuicio de sus facultades para emprender acciones que garanticen el cumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con disposiciones diferentes del artículo 25 de la Directiva 95/46/CE, las autoridades competentes de los Estados miembros podrán ejercer su facultad de suspender los flujos de datos hacia una entidad que haya autocertificado su adhesión a los principios y su aplicación de conformidad con las FAQ, a fin de proteger a los particulares contra el tratamiento de sus datos personales, en los casos siguientes:*

a) el organismo público de Estados Unidos de América contemplado en el anexo VII de la presente Decisión, o un [órgano] independiente de recurso, a efectos de la letra a) del principio de aplicación, que figura en el anexo I de la presente Decisión, ha resuelto que la entidad ha vulnerado los principios y su aplicación de conformidad con las FAQ; o

b) existen grandes probabilidades de que se estén vulnerando los principios; existen razones para creer que el [órgano] de aplicación correspondiente no ha tomado o no tomará las medidas oportunas para resolver el caso en cuestión; la continuación de la transferencia podría crear un riesgo inminente de grave perjuicio a los afectados; y las autoridades competentes del Estado miembro han hecho esfuerzos razonables en estas circunstancias para notificárselo a la entidad y proporcionarle la oportunidad de alegar.

La suspensión cesará en cuanto esté garantizado el cumplimiento de los principios y su aplicación de conformidad con las FAQ y las autoridades correspondientes de la Unión Europea hayan sido notificadas de ello.

2. Los Estados miembros informarán a la Comisión a la mayor brevedad de la adopción de medidas con arreglo al apartado 1.

3. Asimismo, los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de aquellos casos en que la actuación de los organismos responsables del cumplimiento de los principios y su aplicación de conformidad con las FAQ en Estados Unidos de América no garantice dicho cumplimiento.

4. Si la información recogida con arreglo a los apartados 1 a 3 demuestra que un organismo responsable del cumplimiento de los principios y su aplicación de conformidad con las FAQ en Estados Unidos de América no está ejerciendo su función, la Comisión lo notificará al Departamento de Comercio de Estados Unidos de América y, si procede, presentará un proyecto de medidas con arreglo al procedimiento que establece el artículo 31 de la Directiva, a fin de anular o suspender la presente Decisión o limitar su ámbito de aplicación.

⁴⁶ El TJUE (SSTJUE 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, 314/85 y 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04) ya consideró que los órganos judiciales y administrativos de cualquier Estado miembro no pueden declarar la invalidez de cualquier acto de las instituciones europeas, pero permiten a los Estados miembros habilitar mecanismos para que dichos órganos (en este caso, la AEPD) puedan alzar un recurso ante el propio TJUE, mecanismo jurídico que no existe en nuestro ordenamiento, pero con el nuevo artículo 58.5 del RGPD, faculta a las autoridades de control para poner en conocimiento de las autoridades judiciales el incumplimiento del Reglamento.

42. Este motivo no trascendería más allá de la presente Decisión, pero la sentencia podría llegar a alcanzar a las demás Decisiones de adecuación, puesto que el mismo contenido de esta Decisión se repetía en las demás, y eran susceptibles de poder ser invalidadas.

43. De ahí el ser de la Decisión de ejecución 2016/2295, cuyo contenido viene a modificar transversalmente y por igual a todas decisiones mediante una nueva redacción al artículo 3⁴⁷ de cada una de ellas, que elimina las restricciones que pesaban sobre las autoridades de control y establece una obligación para la Comisión consistente en la supervisión continua tanto de la legislación como de los acontecimientos en dicho país y cómo es la evolución de las normas que permiten el acceso a los datos personales a las autoridades.

V. La Decisión 2016/1250 y las dudas sobre su validez

1. Características generales

44. Debido a la derogación de la Decisión 2000/520, y a raíz del acuerdo entre la Comisión Europea y EE. UU., fue aprobada la Decisión de ejecución 2016/1250 el 12 de julio y de aplicación el 1 de agosto⁴⁸ a raíz del acuerdo firmado entre la Comisión Europea y EE.UU previamente mencionado. La estructura de la nueva Decisión consta de solo seis artículos, pero de 155 considerandos y siete anexos donde se recogen los compromisos adquiridos por los organismos estadounidenses.

45. El *Privacy Shield* es un mecanismo de autocertificación de empresas sitas en EE.UU en el que se permite la transferencia de datos a las empresas que hayan sido certificadas mediante el cumplimiento de unos requisitos de seguridad y el cumplimiento de unos principios avalados por el Departamento Federal de Comercio. Las empresas certificadas se incluirán en una lista publicada por las autoridades estadounidenses en las que se muestran todas las empresas que han superado el proceso de autocertificación. Esas empresas deberán renovar anualmente su autocertificación. Del mismo modo, deberán tomar medidas para verificar que las políticas de privacidad que han publicado se ajustan a los principios y se aplican.

⁴⁷ Contenido de los artículos reformados por la Decisión de ejecución 2016/2295:

Artículo 3:

Cuando las autoridades competentes de los Estados miembros ejerzan sus facultades con arreglo al artículo 28, apartado 3, de la Directiva 95/46/CE, y ello dé lugar a la suspensión o la prohibición definitiva de los flujos de datos hacia [del Estado] con el fin de proteger a las personas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, el Estado miembro afectado informará inmediatamente a la Comisión, que remitirá la información a los demás Estados miembros.

Artículo 3 bis o artículo 4:

1. La Comisión realizará un seguimiento continuo de toda evolución del ordenamiento jurídico [del Estado] que pueda afectar al funcionamiento de la presente Decisión, y en particular de la evolución de las normas que regulan el acceso a los datos personales por parte de las autoridades públicas, con el fin de determinar si [del Estado] sigue garantizando un nivel adecuado de protección de los datos personales.

2. Los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de aquellos casos en que la actuación de los organismos responsables del cumplimiento de las normas de protección en [del Estado] no garantice dicho cumplimiento.

3. Los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente cuando haya algún indicio de que las injerencias por parte de los poderes públicos [del Estado] competentes en materia de seguridad nacional, aplicación de la ley u otros intereses públicos en el derecho de las personas a la protección de sus datos de carácter personal van más allá de lo estrictamente necesario, o de que no existe una tutela judicial efectiva frente a tales injerencias.

4. Si se demuestra que ya no está garantizado un nivel adecuado de protección, incluso en las situaciones a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo, la Comisión informará de ello a la autoridad competente [del Estado] y, en caso necesario, propondrá un proyecto de medidas de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 31, apartado 2, de la Directiva 95/46/CE, a fin de anular o suspender la presente Decisión, o limitar su ámbito de aplicación.

⁴⁸ DO L 207/1, de 1 de agosto de 2016.

46. Como diferencias principales respecto al *Safe Harbour*, encontramos⁴⁹:

- 1) El nombramiento del *ombudsman* dentro del Departamento de Estado al que las autoridades de protección de datos pueden presentar peticiones en nombre de ciudadanos europeos sobre las prácticas de inteligencia de señales de Estados Unidos. El *ombudsman* solo recibirá peticiones de ciudadanos europeos y no de ciudadanos de Cualquier otra región o de los ciudadanos estadounidenses.
- 2) Al igual que con *Safe Harbour*, las compañías que voluntariamente acuerdan unirse a *Privacy Shield* deben obtener el consentimiento de los europeos antes de compartir datos con terceros, incluido el consentimiento expreso para compartir datos sensibles, como información de salud, y permitir a los europeos acceder, corregir o borrar sus datos transferidos. Además, las empresas miembros de *Privacy Shield* tendrán que asegurar a través de contratos que sus socios de negocios que reciben información sobre los europeos también pueden cumplir con todos estos principios. Y las compañías adheridas al *Privacy Shield* tendrán nuevas y continuas obligaciones de supervisar las actividades de procesamiento de sus agentes.
- 3) El *Privacy Shield* también refuerza la aplicación y el recurso del consumidor. La Comisión interpuso casi cuarenta casos en los últimos cinco años contra compañías que violaron los principios de *Safe Harbour* o falsificaron su participación en el programa. Bajo el *Privacy Shield*, algunas de estas violaciones pueden ser detectadas y detenidas antes de que se haga necesaria una acción coercitiva porque el Departamento de Comercio de EE.UU. deberá vigilar de cerca los registros y la participación de *Privacy Shield*. Al mismo tiempo, Los ciudadanos europeos gozan de un sistema escalonado de recursos y reclamaciones que estudiaremos a continuación.

2. Principios del *Privacy Shield*

47. El *Privacy Shield* se aplica tanto a los responsables como a los encargados del tratamiento, si bien estos deben estar obligados, por contrato, a actuar únicamente siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento de la Unión Europea y asistir a este último a responder a las personas físicas que ejerzan sus derechos con arreglo a los siguientes principios que, *a priori*, parecen superar en garantías al *Safe Harbor*⁵⁰:

1. Derecho a ser informado: Las empresas estadounidenses estarán obligadas a informar a los titulares de los datos sobre los aspectos clave en el procesamiento de sus datos de carácter personal (tipos de datos recopilados, propósito del tratamiento de los datos, derechos de acceso a la información y condiciones de transmisión o cesión de dichos datos a un tercero, medios de contacto con la empresa, órgano de resolución de controversias, autoridad de control de EE.UU). Además de diversas obligaciones formales (i) su adhesión al *Privacy Shield* y la indicación del enlace a la lista de entidades adheridas al mismo; (ii) los tipos de datos que se han recogido; (iii) el compromiso que tiene la entidad de cumplir con dichos principios; (iv) la finalidad para la cual se recogen los datos; (v) el procedimiento para contactar con la entidad para presentar reclamaciones y quejas).
2. Derecho de elección: Las empresas estadounidenses deberán obtener el consentimiento formal por parte de los ciudadanos antes de ceder sus datos personales sensibles a entidades terceras o se utiliza para un fin distinto por el que se recabaron los datos en un principio.
3. Principio de seguridad: Las empresas estadounidenses deberán evaluar los riesgos de seguridad en el tratamiento de la información de carácter personal y deberán implantar medidas

⁴⁹ Vid. J. BRILL, “Strengthening International Ties Can Support Increased Convergence of Privacy Regimes”, *European Data Protection Law Review*, vol. 2, n° 2, Berlin, Lexxion, 2016, pp. 1514-155.

⁵⁰ Vid. R. PÉREZ CAMBERO, “Aspectos más destacables de la Decisión de Ejecución 2016/1250 de la Comisión Europea, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU”, *Actualidad Administrativa*, n° 4, 2017, p. 3.

- de seguridad que mitiguen al máximo riesgos como pérdidas, mal uso, acceso no autorizado, revelación, alteración o destrucción de estos datos. En el caso de que la entidad subcontrate a un tercero de un servicio determinado, se le deberá exigir un nivel de seguridad equivalente al requerido por la entidad para la protección de la información de carácter personal tratada.
4. Principio de integridad y limitación de la finalidad: Las empresas estadounidenses deberán garantizar la integridad de los datos personales obtenidos; el titular de los datos sólo deberá ser revelado en los casos en que esto sea imprescindible. La limitación de la finalidad de los datos implica que los datos de carácter personal recabados deben ser relevantes para los fines del tratamiento. Únicamente se permite guardar los datos personales en tanto resulten necesarios para el propósito del tratamiento. A dichas empresas se les permitirá conservar datos durante periodos más prolongados exclusivamente en caso de que los necesite para determinados fines en particular, tales como archivo por interés público, periodismo, literatura y arte, investigación científica o histórica, o para análisis estadístico (los mismos que se reconocen en el RGPD). Si el nuevo fin es sustancialmente distinto, la empresa sujeta al Escudo de Privacidad solo podrá usar sus datos si no se pone ninguna objeción o, en caso de tratarse de datos sensibles, si da su consentimiento. Si el nuevo fin está bastante relacionado con el original, su uso es permisible. Existe el derecho a elegir si los datos enviados a una empresa sujeta al escudo pueden transferirse a otra empresa, sea de EEUU o no.
 5. Derecho de acceso y rectificación de sus datos: Las empresas estadounidenses deberán informar a los titulares de los datos sobre el contenido de los datos que obran en su poder y deberá facilitarles el acceso a dichos datos en un plazo de tiempo razonable, salvo que suponga un esfuerzo desproporcionado. Se podrá solicitar a la empresa que los corrija, los cambie o los elimine si no son exactos, están desfasados o han sido procesados infringiendo las normas del Escudo de Privacidad. La empresa deberá también confirmar si guarda y procesa o no sus datos personales. Las peticiones de acceso a su información personal podrán ser efectuadas por los ciudadanos en cualquier momento. Por lo general, no se obliga a dar ninguna razón acerca de los motivos por los que desea acceder a sus datos; no obstante; la empresa podrá pedirle que lo haga si su solicitud es demasiado genérica o vaga.
 6. Principio de responsabilidad para transmisiones lícitas: Como elemento común, se pueden transmitir datos a terceros de manera lícita solo si existe justificación expresa. Si se va a transferir los datos a un tercero responsable de los datos, deberán cumplir los principios de notificación y opción. Las entidades deberán requerir, a través de un acuerdo por escrito, que las terceras partes que reciban los datos personales otorguen el mismo nivel de protección que el que proporciona el *Privacy Shield*. Si se realiza a un tercero que actúe como encargado del tratamiento, la entidad deberá asegurarse, entre otras, de que este tratará los datos únicamente para los fines para los que fueron recabados.
 7. Derecho a reclamar y ser indemnizado: Las empresas estadounidenses deberán implantar sistemas de verificación del cumplimiento de los principios del *Privacy Shield* y deberán informar de su cumplimiento de manera anual por medio de la renovación de su autocertificación, donde deberán acreditar las acciones que han adoptado para ceñirse a los principios del *Privacy Shield*. En el caso de que las empresas afectadas no demuestren el cumplimiento de dichos requerimientos, saldrán de la lista de empresas adheridas al *Privacy Shield* y estarán sujetas a sanciones económicas.

48. Si se considera que se han vulnerado los derechos y ha recibido un perjuicio, se tiene derecho a reclamar mediante las siguientes y numerosas instancias de forma sucesiva:

- i Ante la propia empresa estadounidense sujeta al Escudo de Privacidad.
- ii Mediante un mecanismo de recurso independiente.
- iii Ante el Departamento de Comercio de los EE. UU.
- iv Ante la Comisión Federal de Comercio de los EE. UU.
- v. Ante el Panel del Escudo de Privacidad en EE.UU, solo después de que hayan fracasado las

demás opciones.

3. Críticas y amenazas al *Privacy Shield*

49. Pero no todo es positivo en esta nueva decisión: la poca rigidez en las obligaciones impuestas a los Estados Unidos⁵¹, el lenguaje ambiguo, poco claro, y difícil de entender en algunos aspectos debido a la discrepancia en la interpretación de los conceptos por parte de la UE y EE.UU.⁵², y las nuevas reformas emprendidas por el actual gobierno de Estados Unidos han supuesto una pérdida de protección de la privacidad, como la *Executive Order on Public Safety*⁵³, que excluye la aplicación de la ley de protección de datos estadounidense a las personas extranjeras en Estados Unidos, o la derogación de la *rule submitted by the Federal Communications Commission relating to "Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services"* (FISA)⁵⁴ y se ha promulgado la renovación de la Sección 702 *U.S. Foreign Intelligence Surveillance Act*, que permite a las agencias de inteligencia acceder a datos de personas no estadounidenses y la *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* que permite el acceso a datos personales establecidos en servidores de otros países de empresas estadounidenses.

50. Podemos calificar al escudo de privacidad de "suave actualización", sobre todo en los pocos avances en la mejora de los principios de notificación y elección, puesto que solo cubren el cambio de fin para realizar el tratamiento; todas las operaciones típicas de procesamiento (por ejemplo, recopilación, almacenamiento, creación de perfiles, vinculación de datos) ni siquiera están cubiertas por los principios de notificación y elección⁵⁵. Tanto el Parlamento Europeo⁵⁶ y el CEPD en su WP255 han criticado profundamente la falta de medidas adoptadas por la Administración estadounidense, llegando a solicitar la suspensión de la Decisión; a diferencia de lo considerado por la Comisión Europea, que tras sus dos revisiones anuales consideran continúa asegurando un nivel adecuado a los datos personales transferidos bajo el *Privacy Shield* a las organizaciones adheridas⁵⁷. Aún así, la Comisión recomienda algunas medidas destinadas a asentar el propio mecanismo en un tono muy laxo.

51. Los elementos que hacen dudar de la legalidad de la Decisión respecto a la CDFUE son:

- a) La recopilación de datos indiscriminada a las agencias de inteligencia y seguridad en virtud de FISA y la Orden Ejecutiva 12333.
- b) La supervisión de los programas de vigilancia, llevada a cabo por la Privacy and Civil Liberties Oversight Board, la cual actualmente no se encuentra totalmente en funcionamiento por la falta de miembros derivada de la transición del gobierno.
- c) Las dificultades de un ciudadano europeo de solicitar una indemnización en procesos penales en casos de *surveillance*.
- d) La ausencia de ombudsperson como órgano independiente que se prometió por parte del gobierno estadounidense para dilucidar las reclamaciones efectuadas para otorgar un mejor resultado que los tribunales.

52. Todas estas inseguridades han culminado en una petición de decisión prejudicial por parte la *High Court* irlandesa derivado de un conflicto que vuelve a involucrar a Facebook y Max Schrems, instando al TJUE⁵⁸ a pronunciarse sobre:

⁵¹ Vid. SECCIÓN TRIBUNA, "El 'Escudo de Privacidad' entre la UE y EE.UU. necesita mejorar", *Diario La Ley*, N° 8760, 2016.

⁵² Vid. S. BU-PASHA, "Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection", *Information & Communications Technology Law*, Routledge, 2017, p. 12.

⁵³ Executive Order 13768. 27 de enero de 2017.

⁵⁴ Public Law 115-22 (04/03/2017).

⁵⁵ Vid. M. SCHREMS, "The Privacy Shield is a Soft Update of the Safe Harbor", *European Data Protection Law Review*, vol. 2, N.º 2, 2016, pp. 148-150.

⁵⁶ (2016/3018(RSP)).

⁵⁷ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the first annual review of the functioning of the EU-U.S. Privacy Shield (COM (2017) 611 final).

⁵⁸ Petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court* (Irlanda) el 9 de mayo de 2018 — Data Protec-

- a) Los criterios para valorar si la legislación y las prácticas de una transferencia de datos a un tercer Estado que puede tratar dichos datos personales para fines de seguridad nacional pueden vulnerar los derechos de las personas.
- b) Las garantías ofrecidas por la legislación estadounidense.
- c) Las garantías contractuales mínimas que deberían ofrecer las Cláusulas Contractuales tipo.
- d) La idoneidad del *Privacy Shield* como medio para constatar que las garantías ofrecidas por EE. UU son adecuadas, y su vinculación con las transferencias de datos personales a EE. UU conforme a las Cláusulas Contractuales Tipo aprobadas por la Comisión Europea.
- e) La idoneidad del *ombudsperson* como garantía adecuada.
- f) La vulneración de las Decisiones sobre Cláusulas Contractuales Tipo aprobadas por la Comisión Europea (Decisiones 2010/87/UE y 2001/497/CE) a la luz de la CDFUE.

53. Las cuestiones planteadas ponen en tela de juicio los instrumentos más relevantes que posee la Unión Europea para permitir el movimiento internacional de los datos personales, al primar por parte de la Comisión Europea los intereses comerciales que el propio derecho a la protección de datos de los ciudadanos europeos. La Comisión ha sido, y es cuestionada por sus decisiones en esta materia, lo que ponen en una situación de desconfianza hacia esta institución. El mecanismo actual para aprobar una decisión de adecuación tiene su punto débil en el carácter no vinculante del dictamen emitido por el CEPD, cuya oportunidad se ha perdido al no otorgar un carácter vinculante al dictamen emitido por este órgano.

4. Los mecanismos judiciales de control de la legalidad de las decisiones sobre transferencias internacionales de datos ante la Comisión Europea en la legislación de los Estados miembros

54. Vistos los antecedentes en esta materia y los problemas que nos encontramos actualmente con las decisiones de la Comisión Europea, el RGPD ha previsto en el artículo 58.5 un mecanismo obligatorio para los Estados miembros de articular mecanismos a favor de las autoridades de control que permitan fiscalizar las infracciones en materia de protección de datos y permitir a las autoridades de control poner en conocimiento de los tribunales dichas infracciones y, si procede, instar acciones judiciales para hacer cumplir el RGPD. La sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, Schrems, en su párrafo 65⁵⁹ impuso por primera vez esta obligación en los Estados miembros, y traducido a esta materia, impone a los Estados miembros

55. En los diferentes Estados miembros, se han adoptado medidas idénticas o similares con el fin de hacer cumplir el mandato legal del RGPD, y con la protección de los derechos fundamentales. La solución admitida por los Estados miembros se basa, principalmente, en mecanismos de autorización judicial solicitados a instancia de la autoridad de control para solicitar la suspensión de la transferencia internacional basa en las decisiones de la Comisión Europea y presentar ante el TJUE una cuestión prejudicial para determinar la validez del acto.

56. Alemania fue el primer Estado en adaptar su legislación al RGPD, e ideó el mecanismo de autorización judicial que han copiado el resto de Estados. Regula un procedimiento más completo en la Sección 21 de la *Bundesdatenschutzgesetz* de junio de 2017⁶⁰, al establecer un procedimiento judicial

tion Commissioner / Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems (Asunto C-311/18).

⁵⁹ “En el supuesto contrario, cuando esa autoridad considere fundadas las alegaciones expuestas por la persona que le haya presentado una solicitud para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de sus datos personales, la referida autoridad debe tener capacidad para comparecer en juicio, conforme al artículo 28, apartado 3, párrafo primero, tercer guion, de la Directiva 95/46, entendido a la luz del artículo 8, apartado 3, de la Carta. A ese efecto, corresponde al legislador nacional prever las vías de acción que permitan a la autoridad nacional de control exponer las alegaciones que juzgue fundadas ante los tribunales nacionales, para que éstos, si concuerdan en las dudas de esa autoridad sobre la validez de la decisión de la Comisión, planteen al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de ésta.”

⁶⁰ §21 Bundesdatenschutzgesetz: (1) *If a supervisory authority believes that an adequacy decision of the European Commission or a decision on the recognition of standard protection clauses or on the general validity of approved codes of conduct, on the validity of which a decision of the supervisory authority depends, violates the*

basado en un procedimiento específico contenido en la propia Ley, y en las leyes procesales para ventilar la solicitud emanada de las autoridades de control. A su vez, contempla un trámite de audiencia a la Comisión Europea para presentar alegaciones en un plazo determinado por el Tribunal Administrativo Federal. Este sistema es muy similar al planteado en Holanda, con la salvedad de no recoger un periodo de alegaciones por parte de la Comisión Europea.

57. En Francia resaltamos el artículo 43 de la *Loi* n° 78-17 de 6 de enero de 1978, reformada por la *Loi* n° 2018-493 de 20 de junio de 2018⁶¹ que, de manera idéntica, pero con una mejor redacción, aplica el mismo mecanismo de autorización, que en su caso recae sobre el Consejo de Estado francés, con la diferencia de aplicar únicamente a las decisiones de adecuación de un tercer Estado u Organización Internacional, y aplicarse el mismo procedimiento a las decisiones de adecuación del artículo 36 de la Directiva 680/2016.

58. En el caso de España, en la disposición adicional quinta de la LO 3/2018 PDyGDD⁶², redactado de manera confusa, consiste en la suspensión de un procedimiento concreto por parte de la autori-

law, the supervisory authority shall suspend its procedure and lodge an application for a court decision.

(2) Recourse to the administrative courts shall be provided for proceedings pursuant to subsection 1. The Code of Administrative Court Procedure shall be applied in compliance with subsections 3 to 6.

(3) The Federal Administrative Court shall decide in the first and last instance on an application by the supervisory authority pursuant to subsection 1.

(4) In proceedings pursuant to subsection 1, the supervisory authority shall be competent to take part. The supervisory authority shall be a party to proceedings pursuant to subsection 1 as applicant; Section 63 nos. 3 and 4 of the Code of Administrative Court Procedure shall remain unaffected. The Federal Administrative Court may give the European Commission the opportunity to comment within a period of time to be determined.

(5) If a proceeding to review the validity of a European Commission decision pursuant to subsection 1 is pending at the European Court of Justice, the Federal Administrative Court may order its proceeding to be suspended until the proceeding at the European Court of Justice has been concluded.

(6) In proceedings pursuant to subsection 1, Section 47 (5), first sentence and (6) of the Code of Administrative Court Procedure shall apply accordingly. If the Federal Administrative Court finds that the European Commission's decision pursuant to subsection 1 is valid, it shall state this in its decision. Otherwise it shall refer the question as to the validity of the decision in accordance with Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union to the European Court of Justice.

61 Art. 47 *Loi* n° 78-17: *Dans le cas où, saisie d'une réclamation dirigée contre un responsable de traitement ou son sous-traitant, la Commission nationale de l'informatique et des libertés estime fondés les griefs avancés relatifs à la protection des droits et libertés d'une personne à l'égard du traitement de ses données à caractère personnel, ou de manière générale afin d'assurer la protection de ces droits et libertés dans le cadre de sa mission, elle peut demander au Conseil d'Etat d'ordonner la suspension d'un transfert de données, le cas échéant sous astreinte, et elle assortit alors ses conclusions d'une demande de question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne en vue d'apprécier la validité de la décision d'adéquation de la Commission européenne prise sur le fondement de l'article 45 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité ainsi que de tous les actes pris par la Commission européenne relativement aux garanties appropriées dans le cadre des transferts de données mentionnées à l'article 46 du même règlement.*

62 DA 5^a: 1. *Cuando una autoridad de protección de datos considerase que una decisión de la Comisión Europea en materia de transferencia internacional de datos, de cuya validez dependiese la resolución de un procedimiento concreto, infringiese lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, menoscabando el derecho fundamental a la protección de datos, acordará inmediatamente la suspensión del procedimiento, a fin de solicitar del órgano judicial autorización para declararlo así en el seno del procedimiento del que esté conociendo. Dicha suspensión deberá ser confirmada, modificada o levantada en el acuerdo de admisión o inadmisión a trámite de la solicitud de la autoridad de protección de datos dirigida al tribunal competente.*

Las decisiones de la Comisión Europea a las que puede resultar de aplicación este cauce son:

a) aquéllas que declaren el nivel adecuado de protección de un tercer país u organización internacional, en virtud del artículo 45 del Reglamento (UE) 2016/679;

b) aquéllas por las que se aprueben cláusulas tipo de protección de datos para la realización de transferencias internacionales de datos, o

c) aquéllas que declaren la validez de los códigos de conducta a tal efecto.

2. La autorización a la que se refiere esta disposición solamente podrá ser concedida si, previo planteamiento de cuestión prejudicial de validez en los términos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la decisión de la Comisión Europea cuestionada fuera declarada inválida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

dad de control cuya resolución depende de la validez de una decisión emanada de la Comisión Europea concerniente a la a) adecuación de un tercer Estado u Organización Internacional, b) la aprobación de cláusulas contractuales tipo, y c) la validez de códigos de conducta a tal efecto que pueden suponer una vulneración del derecho a la protección de datos, para que la autoridad de control solicite una autorización al órgano judicial competente con el fin de poder declarar dicha transferencia de datos personales contraria a Derecho. En su admisión a trámite, el órgano judicial confirmará o no la suspensión y, en caso afirmativo, elevará ante el TJUE una petición de cuestión prejudicial sobre la validez de la decisión emanada de la Comisión Europea. Si el TJUE declarase contraria a Derecho la decisión de la Comisión Europea, el órgano judicial nacional competente concederá la autorización a la autoridad de control y prohibirá la transferencia internacional de datos personales.

59. Los órganos judiciales competentes a los que puede dirigirse a la autoridad de control varía según su condición: si la solicitud la realizase el Consejo General del Poder Judicial, el órgano será la Sala Tercera del Tribunal Supremo; si lo realizase la AEPD, será la Sala Tercera de la Audiencia Nacional, y si lo solicitase una autoridad autonómica, será la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia.

60. El procedimiento para obtener dicha autorización se encuentra en el artículo 122 ter de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El procedimiento comenzará con la petición de la autoridad de protección de datos ante el órgano competente. Los intervinientes en el procedimiento serán la autoridad de protección de datos, quienes lo fueran en el procedimiento anterior, y la Comisión Europea. Podrá celebrarse una vista si el tribunal lo ve necesario tras la petición de alguna de las partes. La resolución que dicte el tribunal estará sujeta a los recursos pertinentes.

61. En Irlanda, lugar que podemos aceptar como el germen de estas nuevas previsiones, regula un mecanismo más programático que práctico en la *Data Protection Act 2018* con el mismo fondo que los anteriores, alcanzando a las decisiones de adecuación y de aprobación de cláusulas contractuales tipo.

62. El mecanismo de autorización judicial ha primado sobre el sistema de recurso directo por parte de la autoridad de control, al configurar esta como un “órgano jurisdiccional” a efectos del Derecho de la Unión⁶³ que permita a las autoridades de control tener un cauce directo con el TJUE sin necesidad de proceduralizar en demasía el mecanismo, como observamos en los distintos ordenamientos de los Estados miembros. Según las disposiciones de la jurisprudencia del TJUE, un órgano administrativo puede considerarse como tal si se cumplen los requisitos de legalidad, carácter permanente, competencia obligatoria, procedimiento contradictorio, aplicación de normas legales, e independencia del órgano⁶⁴; criterios que las autoridades de control cumplen al:

- a) Ser creado no para situaciones concretas en el tiempo (permanencia),
- b) Tener los interesados la obligación de acudir ante las autoridades de control para dirimir cualquier reclamación (competencia obligatoria),
- c) Contemplar procedimientos contradictorios como la presentación de pruebas y alegaciones (Procedimientos contradictorios),
- d) Al aplicar normas legales como el RGPD y demás legislación sobre protección de datos (Aplicar normas de derecho),
- e) Configurarse como órganos independientes por tanto por los considerandos 116, 117, 121 y la sección 1ª del Capítulo VI del RGPD (independencia).

63. Este sistema fue planteado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe complementario del 26 de octubre sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos pero que, finalmente, no fue aceptado.

⁶³ Ya se admitió una petición de decisión prejudicial por el Tribunal Catalán de Contratos de Sector público en la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, C-203/14.

⁶⁴ SSTJUE 30 de junio de 1966, *Vaassen- Göbbels*, C-61/65, y 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò*, C-14/86.

64. En definitiva, el mecanismo de autorización pretende revestir de carácter jurisdiccional y mayor autoridad a la cuestión planteada, además de dotar de mayor formalismo y garantía a un procedimiento tan sensible como la búsqueda de invalidez de una decisión de la Comisión Europea con tanta repercusión en el Mercado Único Digital.

VI. La Decisión de ejecución de 23 de enero de 2019 sobre la adecuación de la protección de los datos personales que ofrece Japón

65. El 23 de enero de 2019 entró en vigor la Decisión de ejecución que permite la transferencia internacional de datos personales a Japón. Esta decisión es la primera emitida sobre la base del nuevo régimen vigente sobre protección de datos, y la estructura cambia sustancialmente con las anteriores decisiones.

66. La Decisión consta de 191 Considerandos donde se analiza la legislación japonesa sobre protección de datos y la idoneidad para promulgar la adecuación, y 4 artículos donde regula obligaciones aplicables a la Comisión y a los Estados miembros. Adicionalmente, se han aportado unas reglas supletorias otorgadas por Japón que permiten encajar algunos términos discordantes o incompatibles con la legislación europea.

67. Los Considerandos se estructuran según el análisis de los conceptos claves de la legislación japonesa:

- a) La legislación japonesa aplicable.
- b) El concepto de dato personal. Japón diferencia los conceptos de “dato personal” de “información personal”, siendo el criterio diferenciador la estructura de los datos, considerando los datos estructurados que te permitan identificar directamente a una persona como “datos personales”.
- c) El concepto de anonimización que, atendiendo a la concepción japonesa, se asemeja con el de seudonimización al no cubrir los supuestos de reidentificación. Para cubrir esta carencia, se otorga un nuevo concepto para los datos transferidos por la Unión Europea en las normas supletorias, contemplando estos supuestos.
- d) Los conceptos de responsable y encargado. En Japón no se concibe esta distinción de supuestos, por lo que cualquier movimiento entre entidades serán considerados responsables ante la norma. Esta previsión, se considera, no afecta al nivel de protección prestado.
- e) Exclusiones sectoriales. La legislación japonesa excluye una serie de tratamientos en los que no son de aplicación las salvaguardas de la legislación japonesa⁶⁵. Para cubrir dichos supuestos, estos tratamientos estarán cubiertos por legislación japonesa si, tras la transferencia internacional de datos personales inicial con una finalidad no excluida de la aplicación, hubiese un tratamiento ulterior para una finalidad excluida, dicho tratamiento ulterior estará protegida por la Decisión y la legislación japonesa en su totalidad.
- f) La consonancia con los principios de tratamiento japoneses con los europeos, los cuales encuentran similitud de contenido con los mencionados en el RGPD.
- g) Los derechos de los afectados, los cuales contienen un catálogo similar al europeo destacan-

⁶⁵ (i) instituciones de radiodifusión, editores de periódicos, agencias de comunicación u otras organizaciones de prensa (incluidas las personas que realicen actividades de prensa como su negocio) en la medida en que procesen información personal para fines de prensa; (ii) personas dedicadas a la escritura profesional, en la medida en que esto involucre información personal; (iii) universidades y cualquier otra organización o grupo dirigido a estudios académicos, o cualquier persona que pertenezca a dicha organización, en la medida en que procesen información personal para fines de estudios académicos; (iv) organismos religiosos en la medida en que procesen información personal para fines de actividad religiosa (incluidas todas las actividades relacionadas); y (v) cuerpos políticos en la medida en que procesen información personal para los fines de su actividad política.

do los tradicionales ARCO.

- h) La existencia de una autoridad de supervisión independiente y la capacidad de aplicar la ley y sancionar a los infractores.
- i) La existencia de recursos judiciales, los cuales se contemplan en diferentes jurisdicciones, además de permitir al usuario reclamar ante el propio responsable.
- j) Las limitaciones a los derechos de los usuarios en los casos de accesos por administraciones públicas japonesas.

68. El resto del articulado se centra en la declaración de la legislación japonesa de protección de datos como adecuada para permitir la transferencia de datos personales desde la Unión Europea hacia Japón. Dentro del propio articulado se impone la comunicación a la Comisión Europea de cualquier suspensión o prohibición realizada por la autoridad de control para impedir la transferencia de datos a las entidades sujetas a la legislación japonesa de protección de datos.

69. Podemos afirmar las medidas aportadas por Japón suponen un nivel adecuado de protección suficiente para permitir la transferencia internacional de datos a este tercer Estado. En especial, la adopción de las reglas supletorias proporcionadas por Japón suponen un esfuerzo legislativo para dar una interpretación que permita adecuar la legislación.

VII. Conclusiones

70. Las Decisiones de adecuación suponen el principal instrumento legislativo de la Unión Europea para permitir una mayor libertad de flujo transfronterizo de datos. En las normas europeas y en todos los instrumentos de *soft law* de la Comisión y Comité Europeo de Protección de Datos se puede observar la gran influencia de la STJUE *Schrems* en la redacción del artículo 45 del RGPD, sobre todo en la obligación de supervisión continua por parte de la Comisión en los propios sujetos a una Decisión de adecuación con el objetivo de no repetir este episodio. El triple mecanismo de control del cual son objeto las Decisiones de adecuación se presenta en principio como una herramienta útil que pretende eliminar los vicios pasados de las anteriores Decisiones, y que en las sucesivas que se promulguen se observará la eficacia de la medida.

71. La Decisión 2016/1250 de la Comisión, por el que se aprueba el mecanismo de *Privacy Shield* se encuentra actualmente en el punto de mira debido a las nuevas políticas del actual gobierno de EE. UU, y esta Decisión se convertirá en un verdadero examen para la Comisión en aplicación del artículo 45 del RGPD. El *Privacy Shield* muestra importantes puntos débiles muy complicados de casar con la jurisprudencia europea y el actual RGPD, y los miedos se han traducido en una cuestión prejudicial para confirmar la validez de las decisiones relativas a la adecuación del *Privacy Shield* y las cláusulas contractuales tipo. Esta cuestión prejudicial puede sumir el régimen de las transferencias internacionales de datos en una crisis sin precedentes al estar en vilo las bases del propio sistema.

72. En cambio, la Decisión de adecuación de Japón supone todo un ejemplo de diligencia por parte de la Comisión Europea a la hora de permitir una transferencia internacional de datos, permitiendo la implicación de otros órganos no preceptivos que opinen sobre la adecuación del Estado u organización internacional, con la consecuencia de reforzar las valoraciones de la Comisión.

73. Tanto el RGPD como la Directiva 2016/680 han otorgado a los Estados miembros, mediante la adaptación al Derecho nacional, más herramientas para controlar la legalidad de los actos de adecuación de la Comisión Europea, la cual se ha visto superada por las vicisitudes políticas, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial en el caso de que una autoridad de control considere que una decisión de la Comisión Europea puede vulnerar los derechos y libertades, otorgando más flexibilidad e inmediatez al control efectuado por el Estado miembro.

EL CONFLICTO DE RYANAIR: UNA LECTURA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

THE RYANAIR CONFLICT: A PRIVATE INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 13.12.2018 / Aceptado: 15.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4625>

Resumen: Los conflictos que a lo largo de 2018 enfrentaron a la compañía aérea Ryanair y sus trabajadores –tripulantes de cabina y pilotos– han evidenciado la complejidad de la determinación de un lugar efectivo de trabajo en este tipo de relaciones laborales, suscitando también dudas en cuanto a su ley rectora. La jurisprudencia comunitaria no da una respuesta indubitada a estas cuestiones, y la jurisprudencia española no es unánime en cuanto a su propia competencia judicial para resolver estos litigios. Asimismo, la práctica de contratación de la aerolínea a través de empresas de trabajo temporal ha levantado dudas sobre la legalidad de esta modalidad contractual, susceptible de encubrir prácticas de cesión ilegal de trabajadores.

Palabras clave: competencia judicial internacional, tripulación de cabina y pilotos, base de afectación, ley aplicable al contrato de trabajo, cesión ilegal de trabajadores.

Abstract: The conflicts that faced the airline Ryanair and its workers -cabin crew and pilots- throughout 2018 have demonstrated the complexity of determining an effective place of work in this type of labor relations, raising doubts as well its governing law. Community case law does not provide an undoubted answer to these questions, and Spanish case law is not unanimous with regard to its own jurisdiction to resolve these disputes. Likewise, the practice of contracting the airline through temporary employment agencies has raised doubts about the legality of this contractual modality, which could conceal practices of illegal assignment of workers.

Keywords: international jurisdiction, cabin crew and pilots, home base, illegal assignment of workers.

Sumario: I. El conflicto en cifras. II. El conflicto y sus antagonistas. 1. La compañía Ryanair. 2. Las empresas de contratación. 3. Los trabajadores de Ryanair y sus condiciones laborales. 4. Las asociaciones sindicales y su incipiente reconocimiento. III. La cuestión de la competencia judicial internacional. 1. La (imprecisa) regulación normativa sobre competencia judicial internacional. A) Decisiones que afirman la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. B) Decisiones que niegan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. 3. El controvertido concepto de ‘base’: la STJUE de 14 de septiembre de 2017. IV. La cuestión de la ley aplicable. 1. La determinación de la *lex contractus* en la relación individual de trabajo. 2. La ley rectora de los contratos laborales en el caso Ryanair. 3. La tuitiva (y legefórista) interpretación de los tribunales españoles. V. Reflexión final: el futuro... en el aire.

I. El conflicto en cifras

1. En el verano de 2018 los trabajadores de Ryanair iniciaron una cadena de huelgas en Europa, que ante los nulos resultados a favor de sus reivindicaciones, se prolongaron a lo largo del otoño, resultando un considerable número de pasajeros afectados, debido al elevado índice de seguimiento de los paros. Éstos se iniciaron a finales de julio, en concreto los días 25 y 26, en Bélgica, España, Italia y Portugal, por iniciativa de los tripulantes de cabina de pasajeros (TCP) al servicio de la aerolínea. El éxito de la convocatoria extendió la huelga en un triple sentido: temporal, territorial y gremial. En agosto se unen los pilotos de Alemania, Bélgica, Holanda, Irlanda y Suecia, y las huelgas se multiplican a lo largo de septiembre y octubre, con graves acusaciones entre la compañía y sus empleados: por parte de la primera, de falsas denuncias y vulneración de los servicios mínimos; por parte de los segundos, de ínfimas condiciones laborales y coacciones para evitar que secundasen los paros¹. Y todo ello, generando una ola de damnificados ante la magnitud del conflicto, que ocasionó más de 25.000 cancelaciones de vuelos y afectó a más de un millón y medio de pasajeros, además de provocar una caída del 27 % en las cotizaciones bursátiles de la aerolínea, llevándola también a plantearse el cierre de algunas de sus bases².

2. Pese a que en el presente trabajo centraremos el análisis en los hechos descritos, hay que señalar que éste no es sino un episodio más de una larga historia de confrontación laboral, que desde hace años viene enfrentando a la empresa Ryanair y a sus trabajadores, bien de forma directa, bien -como en los últimos tiempos- representados por sus respectivos sindicatos. Al respecto, es relevante señalar que las organizaciones sindicales no fueron reconocidas por Ryanair como interlocutores hasta enero de 2017, fecha en que reconoció al sindicato de pilotos británico Balpa³, comenzando a abandonar su política de choque con las organizaciones sindicales, aunque con restricciones al margen comercial y sobre los interlocutores en la propia negociación. En la actualidad las organizaciones sindicales han adquirido un protagonismo notable en este conflicto, liderando y organizando las protestas y reivindicaciones de los trabajadores de la compañía, y asumiendo el diálogo con la compañía, si bien en España, con acusaciones de falta de voluntad real de reconocimiento⁴.

3. Como se dijo, el conflicto se desata en julio, con 500 vuelos cancelados y más de 100.000 pasajeros afectados por dichas anulaciones en los países donde se produjeron las primeras huelgas de tripulantes de cabina al servicio de la compañía⁵. A ello se suman en agosto los paros convocados por los pilotos en otros países europeos, que ocasionan la cancelación de casi 400 vuelos –cerca de un centenar, con origen o destino en España–, con 67.000 pasajeros afectados. La ampliación de los paros genera en la aerolínea la petición –insólita en otras épocas– de negociación con los sindicatos, pero ello no impedirá la extensión del conflicto, con una nueva convocatoria de huelga a finales de septiembre por parte de los tripulantes de cabina, que es llevada a cabo en Alemania, Bélgica, España, Italia y Portugal, provoca la cancelación de casi 150 vuelos. A la avalancha de reclamaciones por parte de los usuarios que tuvo que afrontar durante estos meses Ryanair, se suman las cuantiosas pérdidas en sus beneficios, que le llevan a recortar un 12 % su pronóstico anual de beneficios netos.

¹ Respecto a la última alegación, en España el Ministerio de Trabajo terminó dando la razón a los trabajadores, pues la investigación llevada a cabo por la inspección de Trabajo y Seguridad Social a raíz de los primeros paros concluyó que Ryanair había vulnerado el derecho de huelga de los tripulantes de las trece bases en las que opera, proponiendo sancionar a la compañía por la comisión de quince infracciones graves (“Trabajo acusa a Ryanair de ‘abuso de poder’ para ‘vulnerar’ el derecho de huelga de sus TCP”, *www.elEconomista.es*, 26 noviembre 2018)

² “Ryanair baja con fuerza en bolsa tras recortar previsiones por la huelga”, *Cinco Días*, 1 octubre 2018.

³ “Ryanair reconoce a un sindicato por primera vez en su historia”, *www.cerodosbe.com*, 30 de enero de 2018.

⁴ Así lo manifestó el responsable de Vuelo de USO Sector Aéreo a raíz de las reuniones y mediación convocadas por la Dirección General de Trabajo con ocasión del conflicto, señalando que en España Ryanair sólo se había sentado con los sindicatos obligado por dicho organismo, y denunciando que nunca había atendido las reuniones solicitadas, por considerar que la compañía quien debe elegir con qué personas de cada sindicato negocia (“Ryanair y los sindicatos de tripulantes de cabina retoman las negociaciones”, *www.elEconomista.es*, 2 de septiembre de 2018).

⁵ Fuente: Unión Sindical Obrera (USO) Madrid.

II. El conflicto y sus antagonistas

4. Evidentemente, en el núcleo del conflicto hay que situar a la compañía aérea Ryanair; a su lado, las empresas de contratación que operan para suministrarle trabajadores, tanto pilotos como tripulación de cabina. Frente a ellos, los trabajadores de la aerolínea, y acompañándolos, sus respectivos sindicatos, que como se ha dicho, han adquirido en los últimos tiempos un protagonismo inusitado hasta la fecha, dado el nulo papel de representación que tradicionalmente han tenido las asociaciones sindicales en la trayectoria de Ryanair, sistemáticamente ciega respecto a su existencia y operatividad.

1. La compañía Ryanair

5. La mercantil Ryanair es una compañía de nacionalidad irlandesa con domicilio en el aeropuerto de Dublín, fundada el 28 de noviembre de 1984 por Anthony Ryan, un empresario irlandés fallecido en 2007. Fue constituida como sociedad de responsabilidad limitada (*Ryanair Ltd.*) bajo la Ley de Sociedades (*Companies Act*) irlandesa de 1963. En mayo de 2016, al amparo de la Ley de Sociedades de 2014, se constituyó como sociedad de actividad designada (pasando a denominarse *Ryanair DAC*), lo que le permitía emitir obligaciones mediante oferta pública. Inscrita en el Registro Mercantil irlandés con el nº 104547, su objeto social es el siguiente: ejercer la actividad de compra, distribución, arrendamiento, almacenamiento, reparación, limpieza y conservación de aeronaves para el transporte de pasajeros o mercancías y el transporte por el aire, así como operar como agentes de viajes y adquirir oficinas y alojamiento necesarios para el negocio; y transportar personas y mercancías, entre otros cometidos. La empresa es titular de aeronaves registradas ante la Autoridad de Aviación irlandesa, y pertenece a la Asociación de Aerolíneas Europeas de Bajo Coste (ELFAA, *European Low Fares Airlines Association*). En la actualidad, al frente de la compañía se halla su consejero delegado, Michael O’Leary, cuya figura ha resultado enormemente controvertida y polémica, tanto por su adopción del modelo de bajo coste para la compañía como por la política de personal implantada en ella.

6. En sus inicios, Ryanair operaba únicamente vuelos entre Irlanda e Inglaterra, y en 1997 la desregulación de la industria aérea le permitió extender sus rutas a la Europa continental. Esta expansión, unida al incremento de sus políticas de tarifas bajas, convirtió a Ryanair en una de las aerolíneas con más usuarios, lo que en los últimos años se ha reflejado en una creciente apertura de nuevas bases y rutas aéreas. En la actualidad, Ryanair es la compañía aérea más grande de Europa, con una plantilla de 14.500 trabajadores –1.800 en España–, más de 100 millones de pasajeros anuales y 2.000 vuelos diarios que parten de 92 bases –13 situadas en España– y conectan más de 200 destinos en 37 países⁶. Este volumen de actividades explica fácilmente la enorme repercusión de este conflicto laboral, tanto para los usuarios como en los medios de comunicación, lo que explica que en septiembre de 2018 llegara a intervenir la Comisión Europea en los términos que veremos.

2. Las empresas de contratación

7. Junto a la compañía aérea se sitúan sus agencias de contratación, intermediarias en el reclutamiento de trabajadores para la aerolínea, tanto de tripulantes de cabina de pasajeros como de también pilotos. Del primer colectivo se ocupan las empresas *Crewlink Ireland Limited*⁷ y *Workforce International Contractors Limited*⁸.

⁶ <https://corporate.ryanair.com/>

⁷ La mercantil *Crewlink Ireland Limited* es una compañía de nacionalidad irlandesa, con domicilio social en Wicklow (Irlanda). Constituida el 5 de junio de 2008 como agencia de reclutamiento y empleo (“*recruitment and employment agency*”), su objeto social incluye también la formación de la tripulación de cabina para el sector de líneas aéreas (*cf.* STSJ Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2018).

⁸ *Workforce International Contractors Limited* es una sociedad irlandesa domiciliada en Dublín, constituida en 1984 como parte del grupo *Dalmac Recruitment & Aviation*. En marzo de 2004 se establece como sociedad independiente y comienza a prestar servicios como agencia de empleo para Ryanair (*cf.* STS 30 diciembre 2013).

Del segundo, Brookfield Aviation⁹ y McGinley Aviation¹⁰, agencias proveedoras de servicios de pilotaje para Ryanair. Frente a la práctica habitual de las aerolíneas convencionales, que es la contratación directa de su personal, Ryanair acude reiteradamente a estas empresas de reclutamiento y empleo, que operan como intermediarias en la provisión del personal al servicio de la compañía¹¹. Estas agencias realizan labores equivalentes a las de las empresas de trabajo temporal en España¹² y ostentan la posición de codemandadas en los litigios entre la primera y sus trabajadores.

8. En alguno de dichos procesos, justamente esta cualidad de intermediaria laboral ha sido esgrimida por Ryanair para alegar su falta de legitimación pasiva. Argumento que ha sido rechazado judicialmente, por considerarse que no resulta en absoluto evidente ni clara la ajenidad de Ryanair a la relación laboral, “*cuando es la receptora directa de sus servicios, como indica el contrato, incorporándose el trabajador a su proceso productivo, y cuando la intervención de la codemandada Workforce International es de mediación laboral, pudiendo responder a una simple política mercantil de externalización*”¹³. De este modo, se rechaza el alegato de demanda fraudulenta por parte de Ryanair, que se consideraba “*caprichosamente*” codemandada, y se declara judicialmente su cualidad de empresario laboral, pese a la intervención de la agencia de empleo en la contratación.

9. Con independencia de esta vertiente procesal, la política de contratación de Ryanair ha sido reiteradamente denunciada y profundamente cuestionada, tanto por los propios trabajadores como por las instituciones públicas, que han apreciado indicios de posibles fraudes fiscal y a la Seguridad Social¹⁴. Como ejemplo, cabe citar la demanda presentada por el sindicato español de pilotos (SEPLA) ante la Audiencia Nacional por irregularidad en los contratos de los pilotos que tienen base en España. En ella denuncian el recurso sistemático por parte de Ryanair a contratistas y pilotos autónomos (‘falsos autónomos’), que prestan servicios a través de agencias de trabajo temporal, bajo condiciones laborales que en su opinión limitan condicionales fundamentales (vacaciones pagadas, bajas por enfermedad, permisos de maternidad, etc.), y a cambio proporcionan una notable reducción de costes para la empresa¹⁵. Una batalla también emprendida en nombre de los tripulantes de cabina por el Sindicato Independiente de Tripulantes de Cabina de Líneas Aéreas (Sitcpla), denunciando ante la Dirección General de la Inspección de Trabajo irregularidades en los contratos de los trabajadores adscritos a las bases de la compañía en Madrid e Ibiza, y celebrados a través de las agencias de contratación habituales de Ryanair¹⁶.

10. Este modelo de relación laboral utilizado -aunque no en exclusiva- por Ryanair ha sido además recientemente calificado de cesión ilegal de trabajadores por una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 Santa Cruz de Tenerife, de 7 de septiembre de 2018¹⁷. La demanda fue presentada por un piloto asignado desde 2011 a la base del aeropuerto de Tenerife Sur, que solicitaba la declaración de su relación laboral con Ryanair y el abono de las cotizaciones sociales correspondientes a los siete años que había trabajado para la compañía irlandesa. Ésta se opuso, alegando la falta de jurisdicción de los tribunales

⁹ Constituida en 1993 y con domicilio en Epsom (Reino Unido), *Brookfield Aviation* es la principal proveedora de pilotos al servicio de Ryanair, operando como empresa mediadora, de forma que no se produce la contratación directa con la compañía aérea. Realiza también labores de provisión de personal para multitud de aerolíneas en todo el mundo (www.brookfieldav.com).

¹⁰ *McGinley Aviation* es una sociedad constituida en 2009 y domiciliada en Hampshire (Reino Unido), que provee de personal a treinta compañías aéreas, además de prestar servicios en tierra y de mantenimiento de aeronaves (www.mcginleyaviation.com).

¹¹ Hasta el punto de supeditar la vigencia del contrato de trabajo a la propia vigencia del contrato de la empresa Crewlink Ireland Ltd. con Ryanair para provisión de tripulación de cabina (STSJ Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2018).

¹² STSJ Cataluña de 25 de junio de 2015 (AS\2016\365).

¹³ STSJ Madrid de 14 de diciembre de 2012 (JUR\2013\106190).

¹⁴ “Los pilotos de Ryanair se unen. Cuestionados los modelos de empleo atípicos”, *SEPLA News*, 25 septiembre 2017 (www.sepla.es).

¹⁵ “El Sepla abre una guerra judicial contra Ryanair por contratar pilotos como falsos autónomos”, *SEPLA News*, 8 febrero 2018 (www.sepla.es).

¹⁶ “Sitcpla presenta denuncias contra Ryanair ante la Inspección de Trabajo por irregularidades en los contratos”, *www.europapress.es*, 19 de noviembre de 2018.

¹⁷ N° procedimiento: 0000164/2017. Resolución: Sentencia 000303/2018.

españoles y negando además la existencia de relación laboral. Posponiendo ahora la primera argumentación para analizarla en un apartado *ad hoc* del presente trabajo, respecto a la segunda, la juez declara la existencia de una relación laboral plena, camuflada bajo la apariencia formal de relación mercantil.

11. El demandante había suscrito en 2009 un contrato de prestación de servicios de capitán con *Brookfield Aviation International Ltd.* para prestar servicios de piloto de un avión titularidad de la empresa Ryanair. Para la celebración de este contrato de prestación de servicios con Brookfield, se exigió al actor que constituyera una sociedad limitada en Irlanda, a través de una de las empresas de servicios contables aprobadas por Brookfield -la sociedad *Franylee*¹⁸-, requiriéndole también que se diera de alta como trabajador autónomo.

12. El demandante reclamaba el reconocimiento de su condición de personal laboral de Ryanair, pues sostenía que, *de facto*, realizaba su prestación de servicios en la cabina y con medios materiales de dicha empresa, limitándose Brookfield a abonarle la nómina, por lo que consideraba que estaba siendo objeto de una cesión ilegal de mano de obra a favor de Ryanair. De contrario, y junto a la mencionada alegación de falta de competencia judicial internacional, la aerolínea negó su relación laboral con el actor, argumentando que no había suscrito con él contrato laboral alguno. En su apoyo sostenía que únicamente tenía con Brookfield un acuerdo comercial para la provisión de servicios de pilotaje de sus aeronaves, abonándole el importe de dichos servicios y siendo dicha sociedad la que satisfacía la nómina del actor.

13. Se plantea así la disyuntiva de calificar la relación como laboral, y sometida por tanto a la legislación sobre trabajo, o como mercantil, no aplicándose en tal caso dicha normativa. Como ya adelantamos, el Juzgado determinó que sí existía relación laboral, habiéndose producido por tanto una cesión ilegal del trabajador. La conclusión toma como base el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que presume *iuris tantum* la existencia del contrato de trabajo “*entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*”¹⁹.

14. Sobre este principio, la sentencia analiza si en el caso de autos concurren todos los elementos de la relación laboral. 1) El trabajo personal, prestado por una persona física e insustituible. Conforme a esta exigencia, no puede considerarse que exista relación laboral cuando es posible sustituir a una persona por otra sin necesidad de autorización del empresario. En el caso enjuiciado, se estima que concurre plenamente esta primera nota definitoria -*intuitu personae*-, pues el piloto no puede dejar de ir a trabajar y enviar un sustituto de su confianza sin comunicarlo a la empresa. El propio contrato con Brookfield establecía que una eventual sustitución debía notificarse al arrendatario con cuatro semanas de antelación al trabajo, y debía ser aceptada por el contratista (Brookfield) y el tomador (Ryanair). En caso de oposición, subsistía para la empresa de servicios la obligación de realizar el trabajo según lo programado. De dicha cláusula deduce la sentencia la indisponibilidad del actor para que su trabajo pudiera ser cubierto por tercera persona a su elección, y por tanto, el carácter personalísimo de su función. 2) La voluntariedad en el compromiso de trabajar. Consagrada por el artículo 1.1 ET, esta nota resulta común tanto al contrato laboral como al mercantil, por lo que aunque innegablemente concurre voluntariedad en el demandante, esta circunstancia no ayuda a esclarecer la naturaleza del contrato. 3) La ajenidad en el trabajo. Siendo uno de los elementos fundamentales de la relación laboral, concurre aquí plenamente, desde todas las perspectivas de apreciación: ajenidad en los frutos o resultado del trabajo (la atribución patrimonial recae en la empresa y no en quien ejecuta los servicios); en los riesgos (el actor no participa económicamente en los beneficios o pérdidas derivados de la explotación); en el mercado (el producto del trabajo no pasa directamente del trabajador al mercado, sino a través del empleador, que fija las condiciones al respecto); y en los medios de producción (todos los medios materiales necesarios para la eje-

¹⁸ Como elemento significativo, señalar que la propia Sentencia declara como hecho probado (nº 13) que la sociedad Franylee había sido sancionada por la Hacienda Tributaria Irlandesa por importe de 84.542 € en concepto de impuestos.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

cución son propiedad exclusiva de Ryanair). 4) Subordinación (o dependencia jurídica) como inserción en el círculo rector y organizativo del empresario. Entendido como el sometimiento del trabajador a los poderes empresariales, este elemento concurre aquí plenamente, al ser Ryanair quien programa el calendario de trabajo, establece las normas e instrucciones de ejecución, fija el lugar de trabajo y controla su cumplimiento, y obliga a vestir el uniforme y portar la acreditación identificativa de piloto de Ryanair, poseyendo facultades disciplinarias para su efectivo cumplimiento. 5) La retribución salarial. También concurre en la relación una contraprestación económica, al percibir el actor una retribución concreta por las horas de vuelo programadas y una prima anual por desempeño, evidenciando su subordinación a Ryanair y relación directa con la empresa.

15. Sentada así la concurrencia de una relación laboral, la sentencia declara la necesidad de determinar con qué empresa estaba laboralmente unido el actor, y de examinar si concurren las circunstancias que permitan declarar una cesión legal de trabajadores, *ex* artículo 43.2 ET²⁰. La respuesta es afirmativa, al entender que existe un acuerdo comercial, real y formal, entre dos empresarios, para que Brookfield proporcione a Ryanair “*pilotos que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial*”. A ello se une la existencia de un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador, pues éste sólo está vinculado con Brookfield por el abono de la nómina una vez que ésta factura a Ryanair los servicios prestados por él.

16. Tras declarar la sentencia en estos términos la cesión ilegal del trabajador, Ryanair anunció su intención de presentar recurso de suplicación ante el TSJ de Canarias, por lo que habrá que seguir la evolución del pronunciamiento aun no firme. Sin perjuicio de lo cual, la decisión constituye un claro y descriptivo ejemplo de la utilización sistemática por Ryanair de trabajadores que prestan servicios a través de agencias temporales de empleo, un hecho no cuestionable por sí solo, pero sí cuando esconde una cesión ilegal y propicia la precariedad de las condiciones laborales, como vienen denunciando sistemática y unánimemente pilotos y tripulantes de cabina en los diversos países donde opera la aerolínea.

3. Los trabajadores de Ryanair y sus condiciones laborales

17. Principalmente reclutados a través del procedimiento descrito -aunque existen también contratos directos entre la aerolínea y el trabajador, que con frecuencia ha pasado por la modalidad anterior-, Ryanair cuenta hoy con más de 14.500 empleados, según su propia afirmación, si bien la expresión utilizada para describirlos es el de “*professionals*”, un término acaso deliberadamente ambiguo, a la vista de todo lo anterior²¹. Con independencia de lo cual, baste el dato, unido al hecho de que en España son 1.800 los trabajadores al servicio de la compañía, para dar una idea de la magnitud del problema y explicar la considerable repercusión obtenida por las reivindicaciones de los trabajadores en toda Europa. Las campañas de reclutamiento se realizan en los distintos países europeos, siendo habitual que los trabajadores sean asignados a los aeropuertos en los que opera Ryanair dentro de sus respectivos países de procedencia. Un dato que conviene dejar apuntado aquí, para recuperarlo más adelante en sede de competencia judicial, a raíz de la polémica jurídica en torno al concepto de base de afectación.

18. Por lo que respecta a las condiciones laborales de dichos trabajadores, los paros efectuados en nuestro país a lo largo de 2018 evidenciaron un sombrío panorama laboral, con acusaciones de ‘excesos’ de la compañía y ‘maltrato’ a sus trabajadores, que denuncian vulneración y no reconocimiento de derechos laborales básicos para el ordenamiento jurídico español²². Sus reivindicaciones y peticio-

²⁰ “*En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario*”.

²¹ <https://www.ryanair.com/es/es/>

²² “Los tripulantes de cabina de Ryanair amenazan con huelga a partir de julio”, *www.sepla.es*, 29 de mayo de 2018;

nes pueden sintetizarse en una exigencia principal: la aplicación de la legislación laboral española a sus contratos de trabajo, sometidos unánimemente a la ley irlandesa mediante una cláusula contractual *ad hoc*, como se analizará más adelante. Además de esta elección del ordenamiento irlandés como *lex contractus*, otras cláusulas se repiten en los contratos firmados por los trabajadores que operan desde España para Ryanair, como se extraen de las decisiones dictadas por nuestros tribunales en estos litigios.

19. Entre las más relevantes, cabe enumerar las siguientes: los trabajadores están dados de alta en la Seguridad Social de Irlanda con arreglo al Reglamento 883/2004²³; tienen obligación de residir a una distancia no superior a una hora de trayecto hasta la base asignada, donde inician y finalizan su jornada laboral; el trabajo se desempeña a bordo de aeronaves propiedad de Ryanair y registrados en Irlanda, a las órdenes de la agencia de contratación y bajo supervisión del personal de Ryanair; los calendarios de trabajo y los programas de vuelo son confeccionados por la agencia en Dublín y comunicados por internet a los trabajadores; las cuestiones disciplinarias se tramitan asimismo desde su Departamento de Recursos Humanos y en caso de incidencia, se celebra una entrevista con el trabajador en dichas instalaciones -en presencia del supervisor de Ryanair-, donde se realizan también las entrevistas de trabajo y la contratación de los empleados; los contratos se redactan en inglés y los anuncios de empleo se publican desde la oficina de Dublín, donde también se revisan las solicitudes de vacaciones y licencias, enviadas *on line* por los empleados; los salarios son abonados por la agencia de contratación en las cuentas que los trabajadores deben abrir en Irlanda .

20. El personal al servicio de la aerolínea en España denuncia que estas condiciones laborales le generan considerables perjuicios e inconvenientes, toda vez que su vida cotidiana se desarrolla en nuestro país, con independencia de la jornada laboral a bordo de las aeronaves. Así, en caso de necesitar asistencia médica en nuestro país, al no pertenecer al sistema español de Seguridad Social, ya que cotizan y pagan sus impuestos en Irlanda, se ven obligados a realizar complejos trámites burocráticos como pacientes ‘desplazados’, lo que frecuentemente les lleva a suscribir un seguro sanitario privado. Esta adscripción a la Seguridad Social irlandesa tiene también como consecuencia que carecen en España de prestaciones por desempleo o jubilación. Junto a ello, el hecho de tener su nómina domiciliada en cuentas corrientes irlandesas, dificulta también su acceso en España a productos financieros, como la hipoteca, amén de otros perjuicios denunciados por las asociaciones sindicales, según se expone más adelante²⁴.

21. Asimismo, uno de las principales denuncias de trabajadores y sindicatos con ocasión de los paros efectuados en 2018 ha sido la utilización de los llamados ‘contratos cero horas’²⁵. Esta modalidad se emplea en la prestación de servicios a través de agencias temporales -no así en la contratación directa con Ryanair-, y establece la retribución del trabajador en función de sus horas de vuelo, sin fijar un salario básico y sin tener en cuenta la antigüedad del trabajador²⁶. En consecuencia, si durante un mes no vuela, no percibe remuneración alguna. Los afectados denuncian que ello les obliga a subsistir mediante sus ahorros, puesto que las horas de vuelo pueden variar enormemente en función de la temporada (“*un mes volamos 100 horas y al siguiente volamos 20*”²⁷). Para las asociaciones sindicales españolas, estas

“Contratos bajo legislación irlandesa y pagos sólo por horas vía ETT: los motivos de los trabajadores de Ryanair para ir a la huelga”, *www.eldiario.es*, 25 de julio de 2018; “¿Qué piden los trabajadores de Ryanair?”, *Diario El País*, 26 de julio de 2018.

²³ Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE L núm. 166, de 30 de abril de 2004).

²⁴ *Vid.* página 28.

²⁵ “Los pilotos de Ryanair se unen...”, cit.

²⁶ Utilizada principalmente en Gran Bretaña, esta modalidad contractual no está, sin embargo, regulada en su legislación, sino que se articula a través de la autonomía negocial, mediante un acuerdo entre trabajador y empresario en virtud del cual éste no tiene obligación de garantizar un número mínimo de horas de trabajo a la semana, si bien el trabajador debe tener disponibilidad plena para prestar servicios cuando sea requerido para ello. El abuso de este tipo de contratación (cifrada en un millón de trabajadores empleados mediante esta fórmula) ha suscitado una considerable polémica en Gran Bretaña, evidenciando la necesidad de regularla y limitarla, habida cuenta de que empresas como McDonald’s someten al 90 % de su plantilla a esta modalidad contractual, utilizada incluso para el personal al servicio de Buckingham Palace y la Cámara de los Comunes (J. BAU, “¿Son abusivos los contratos de cero horas?”, *Cinco Días*, 7 de agosto de 2013).

²⁷ “Nuestros contratos son ilegales”, *Diario ABC*, 26 de julio de 2018.

cláusulas son nulas de pleno derecho, y deben tenerse por no puestas, al afectar a derechos indisponibles. Éstas son *grosso modo*, las circunstancias que propiciaron la oleada de huelgas de los trabajadores de Ryanair en 2018, donde, por primera vez, las asociaciones sindicales tuvieron un papel relevante.

4. Las asociaciones sindicales y su incipiente reconocimiento

22. En el conflicto de Ryanair, la historia de las asociaciones sindicales es también una crónica de lucha por lograr no ya sus reivindicaciones laborales, sino su propio reconocimiento por parte de la empresa, como interlocutores y representantes de los trabajadores. Esta exigencia formó parte de las reclamaciones presentadas desde los primeros paros por los tripulantes de cabina en nuestro país, reivindicación que igualmente hicieron suya los trabajadores de la aerolínea en Alemania, Bélgica, Holanda y Portugal²⁸. Como se dijo, pese a su creación en 1985, la compañía no ha reconocido a un sindicato como interlocutor válido hasta enero de 2018, distinción que recayó sobre el sindicato de pilotos británico Balpa, y que se produjo tras la amenaza de la primera huelga de pilotos de su historia, anunciada en diciembre de 2017 por pilotos de Gran Bretaña, Alemania, Italia, España y Portugal.

23. Desde entonces y hasta el momento presente son ya seis los acuerdos de reconocimiento de sindicatos firmados por Ryanair, en Reino Unido²⁹, Italia³⁰, Alemania³¹, Irlanda³², Portugal³³ y España³⁴. El primer fruto de este cambio de actitud por parte de la compañía aérea se materializó en octubre de 2018, con la entrada en vigor en Italia del primer convenio colectivo para los tripulantes de cabina, firmado entre Ryanair y los tres principales sindicatos de tripulación de cabina. Con una vigencia prevista de tres años -hasta el 31 de diciembre de 2021-, su interpretación y aplicación se someten a la jurisdicción y al ordenamiento italianos. Un logro de una entidad significativa, dado que la cuestión de la competencia judicial y la ley rectora de los contratos de trabajo ha sido el principal caballo de batalla de esta larga serie de conflictos.

24. De este modo, las asociaciones sindicales europeas han ido adquiriendo voz frente a Ryanair, o más bien elevándola, puesto que ya venían apoyando a sus trabajadores a título individual. Así ocurre en España, donde el sindicato Sitepla viene desde 2009 asumiendo la defensa un pequeño número de empleados en aspectos disciplinarios. Junto a esta organización, la Unión Sindical Obrera (USO) ha venido apoyando también las reivindicaciones de este colectivo³⁵. Ambos sindicatos españoles, junto con otras asociaciones sindicales europeas³⁶, tuvieron un papel protagonista en los conflictos iniciados en julio de 2018.

25. En consecuencia, 2018 quedará marcado en la historia de la aerolínea, además de por la conflictividad laboral, como fecha del inicio del reconocimiento de las asociaciones sindicales europeas por parte de Ryanair. En España se han reunido bajo la mediación de la Dirección General de Trabajo,

²⁸ “Ryanair, en huelga por no reconocer los sindicatos de trabajadores”, *Diario El Plural*, 26 de junio de 2018.

²⁹ *Unite the Union* (UNITE), constituido por la fusión de varios sindicatos británicos.

³⁰ Asociación Nacional Profesional de Aviación Civil (ANPAC), Asociación Nacional de Asistentes de Vuelo (ANPAV) y Federación Italiana de Transportes (Fit-Cis).

³¹ *Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft* (Sindicato Unido de Servicios), conocido como Ver.di, es el segundo sindicato del país.

³² Fórsa, representante de los tripulantes de cabina, y su filial, IALPA (Irish Airline Pilots' Association), que representa a los pilotos.

³³ SPAC, sindicato de pilotos.

³⁴ Hasta el momento, sólo el sindicato de pilotos SEPLA, ha recibido esta ‘distinción’, que ha tenido como contraprestación su compromiso de retirar la demanda interpuesta por el sindicato ante la Audiencia Nacional donde reclamaba la aplicación de la legislación laboral española, dado que el acuerdo de reconocimiento incluye por parte de la aerolínea un compromiso en tal sentido para el año 2019 (“SEPLA y Ryanair firman un acuerdo de reconocimiento”, *SEPLA News*, 24 octubre 2018).

³⁵ De hecho, tanto USO como el Sitepla han denunciado ante la Inspección de Trabajo y por vía penal a la aerolínea irlandesa, su presidente, Michael O’Leary, y su director de personal, Eddie Wilson, por un presunto delito contra la libertad sindical (“USO presenta denuncia contra Ryanair por delitos de coacciones a los trabajadores”, *www.uso.es*, 18 de julio de 2018).

³⁶ UILTrasporti y FILT-CGIL, en Italia; SNPAC, en Portugal; CNE/LBC, Bélgica; y FNV, en Holanda.

mientras que en Italia e Irlanda se están firmando ya acuerdos con sindicatos de pilotos y tripulantes de cabina³⁷. Los sindicatos han asumido así las reivindicaciones de los trabajadores de la aerolínea, que no sólo exigen la aplicación de la legislación laboral española a sus contratos, sino también la celebración de elecciones sindicales.

26. Aun siendo un avance de gran trascendencia, esta paulatina admisión por parte de Ryanair del papel de los sindicatos no se ha visto exenta de críticas por las propias asociaciones sindicales, que lamentan que la compañía únicamente haya cambiado su férrea oposición a la interlocución con asociaciones sindicales tras una amenaza de huelga generalizada de pilotos a nivel europeo, y en España, que sólo haya aceptado reunirse con los sindicatos ante la presión de la Dirección General de Trabajo y el temor de reiteradas convocatorias de huelga. No obstante, creemos que sobre esta censura debe prevalecer el considerable paso adelante que constituye el citado convenio colectivo, ya en vigor en Italia. No sólo por el avance que implica respecto a la protección de los derechos laborales de los trabajadores y el precedente que sienta, sino también porque constituye un indicio del significativo cambio de actitud de Ryanair, que durante años se ha negado a abandonar la ‘trinchera’ de los tribunales y el ordenamiento irlandeses.

5. El papel mediador de la Comisión Europea

27. Tras un convulso verano de huelgas, cancelaciones de vuelos, reivindicaciones de los trabajadores, acusaciones de la compañía y reclamaciones de los numerosísimos usuarios afectados, el 13 de septiembre las asociaciones sindicales implicadas en el conflicto se reunieron en Bruselas, a petición propia, con representantes de la Comisión Europea. En dicho encuentro, los sindicatos de España, Italia, Portugal, Bélgica y Holanda³⁸ solicitaron la actuación de la Comisión frente a lo que calificaron de “modelo perverso de Ryanair”, que ajeno a las reclamaciones efectuadas por sus trabajadores los meses anteriores, persistía en sus políticas de empleo, lo que a su juicio no sólo suponía un enorme perjuicio e indefensión para los trabajadores, sino que contribuía a precarizar el sector aéreo, al obstinarse en un modelo laboral copiado por otras aerolíneas³⁹.

28. En respuesta a su petición, el 26 de septiembre -dos días antes de una nueva jornada de huelga en cinco países de la Unión Europea, incluida España-, la comisaria de Empleo y Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral, Marianne Thyssen, celebró una entrevista en la sede de la Comisión Europea con el consejero delegado de Ryanair. En ella, la comisaria exigió a Michael O’Leary el pleno cumplimiento de la normativa comunitaria, recordándole que el respeto de las leyes laborales “*no es algo que los trabajadores debieran tener que negociar ni deba hacerse de forma diferente de un país a otro*”, por lo que le conminaba a tomar medidas urgentes en este sentido. En un severo comunicado, la comisaria declaró que “*el mercado interior no es una jungla*” y tras afirmar que no estaba en absoluto en contra del modelo de negocio *low cost*, puntualizó que “*un gran éxito conlleva una gran responsabilidad*”, no siendo éste un debate meramente académico, sino directamente relacionado con los derechos laborales de los trabajadores⁴⁰.

29. Sobre este planteamiento, censuraba especialmente el sometimiento sistemático de los contratos laborales a la legislación irlandesa, en lugar de a la ley del país de residencia del trabajador. En su opinión, la normativa comunitaria no deja lugar a dudas sobre este punto, pues las reglas sobre el contrato de trabajo de las tripulaciones determinan claramente que el lugar que determina la legislación aplicable no es la aeronave, sino aquél desde donde los trabajadores “*salen por la mañana y regresan por la tarde, sin que el empleador tenga que cubrir los gastos*”. Con independencia del acogimiento que en el futuro tenga esta admonición, resulta llamativa su rotundidad, siendo así que la determinación

³⁷ “Ryanair y los sindicatos de tripulantes de cabina retoman las negociaciones”, *El Economista*, 2 de septiembre de 2018.

³⁸ Sicpla y USO (España); FILT-CGIL y Uiltrasporti (Italia); SNPVAC (Portugal); CNE/LBC (Bélgica) y FNV (Holanda).

³⁹ “Los sindicatos de Ryanair se reúnen el jueves con la Comisión Europea”, *Europa Press*, 11 de septiembre de 2018.

⁴⁰ “Commissioner Thyssen receives Ryanair CEO Michael O’Leary”, *European Commission. News*, 29 de septiembre de 2018.

del lugar de prestación de los servicios en el caso de los trabajadores de las compañías aéreas es una cuestión que ha enfrentado no sólo a las compañías con sus trabajadores, sino a los propios tribunales de justicia, que no terminan de alcanzar un consenso en este punto, como seguidamente se expone.

30. Desde una perspectiva de Derecho internacional privado, el conflicto de Ryanair exige realizar un doble análisis: en primer lugar, examinando la cuestión de la competencia judicial internacional, que también ha resultado controvertida en este asunto; y seguidamente, analizando la determinación de la ley rectora de los contratos de trabajo, aspecto que ha resultado el eje principal del conflicto. Ambas cuestiones han sido sometidas a diversas instancias judiciales españolas, con desigual respuesta en materia de competencia judicial internacional pero unánime pronunciamiento en el ámbito de la ley aplicable. Respecto al primer punto, los tribunales no acaban de coincidir en la afirmación o negación de su competencia judicial internacional para conocer de los litigios; pero respecto al segundo, no dudan en aplicar la legislación laboral española a dichos contratos, pese a la cláusula que determina el ordenamiento irlandés como *lex contractus*. A fin de ofrecer una visión lo más completa posible de dichos pronunciamientos, los siguientes apartados reflejan tales decisiones y sus argumentos, así como la más reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que también se ha visto involucrada en el conflicto.

III. La cuestión de la competencia judicial internacional

31. Como se ha visto, todo en el ‘caso Ryanair’ resulta conflictivo. Y la controversia alcanza hasta el propio planteamiento de la disputa, toda vez que las partes contienden incluso respecto a la determinación de los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. Como también se adelantó, en España esta falta de consenso alcanza a los propios órganos jurisdiccionales, y así lo evidencian los divergentes pronunciamientos judiciales emitidos en nuestro país sobre este punto. Para una exposición clarificadora de ambas posiciones, estas resoluciones se exponen bajo el criterio de su conformidad u oposición a la competencia de los tribunales españoles en este asunto. Y ello, tras realizar un somero recorrido introductorio por las normas comunitarias sobre competencia judicial aplicables al caso.

1. La (imprecisa) regulación normativa sobre competencia judicial internacional

32. Esta cuestión debe ser expuesta desde la óptica del Reglamento (UE) nº 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I-bis)⁴¹. Las características del conflicto lo hacen aplicable a los eventuales litigios en los que pueda desembocar en caso de las partes no alcancen una solución consensuada. El Reglamento cubre las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, fecha de su entrada en vigor⁴², siendo concretamente aplicables las disposiciones de la sección 5ª del Capítulo II, dedicadas de forma específica y exclusiva al contrato de trabajo⁴³.

33. El objetivo de los foros recogidos en dicha sección es proteger al trabajador, parte débil de la relación contractual, mediante normas de competencia más adecuadas a sus intereses. En sede de competencia judicial, esta mayor favorabilidad se traduce en una finalidad clara: favorecer el acceso del trabajador a los tribunales que le resulten más “cercaños”⁴⁴. Con este propósito, el Reglamento establece

⁴¹ DOUE L núm. 351, de 12 de diciembre.

⁴² Y fecha, correlativamente, de la derogación del su antecesor, el Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre (DOCE L núm. 12, de 16 de enero de 2001), cuyas normas competenciales constituyen el fundamento jurídico de muchas de las resoluciones judiciales aquí examinadas.

⁴³ Tanto su antecedente como el Reglamento 1215/2012 contienen normas sobre contrato de trabajo que difieren notablemente de las reglas generales, precisamente por su finalidad tuitiva de la figura del trabajador, cuya aplicación requiere reglas interpretativas especiales (STJUE de 19 de julio de 2012, Asunto C-154/11, *Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática Popular*, ECLI:EU:C:2012:491).

⁴⁴ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1145.

un régimen diferente según el trabajador ocupe la posición procesal de demandante o demandado. En el primer caso, las opciones para litigar son más amplias (art. 21), restringiéndose por el contrario las posibilidades del empresario cuando demande al trabajador (art. 22).

34. El artículo 21 recoge los foros al servicio del trabajador (apartado 1), extendiendo parcialmente su aplicación a los supuestos en que el empresario no tenga su domicilio en un Estado miembro (apartado 2). El precepto ofrece al trabajador demandante una doble posibilidad: los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio el empresario (apartado a) y en otro Estado miembro, ante los órganos jurisdiccionales del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo, o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado (apartado b).

35. Estas dos alternativas se completan con sendas precisiones: para el foro del domicilio del empresario, estipulando que cuando éste no se encuentre en un Estado miembro pero el empresario posea en dicho territorio una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se le considerará domiciliado en tal lugar para todos los litigios derivados de su explotación (art. 20.2). Y respecto al foro del lugar de prestación habitual de los servicios, se prevé la eventualidad de que no exista tal lugar, por desempeñarse el trabajo en varios Estados, siendo en tal caso competente el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador. Cerrando este cuadro de foros de competencia, el apartado 2 del artículo 21 establece que si el empresario no estuviera domiciliado en un Estado miembro, se activan igualmente los foros del apartado b: *locis executionis* o en su caso, lugar de situación del establecimiento contratante. Como es obvio, la opción por una otra posibilidad procesal a la hora de interponer su demanda corresponde al trabajador, pues justamente en dicha facultad de elección reside la función tuitiva de esta multiplicidad de foros de competencia.

36. Y es que, aun suscitando dudas respecto a su efectividad real⁴⁵, no hay que perder de vista que el objetivo preeminente de esta regulación competencial es la protección del trabajador como parte débil de la relación contractual⁴⁶. Ésta es la justificación de que el foro del lugar de ejecución del trabajo o del lugar de contratación pueda operar incluso si el empresario no tiene su domicilio en un Estado miembro. Siendo así que tal domicilio es condición general de aplicación del Reglamento, de no establecerse esta previsión específica dichos supuestos quedarían fuera de su radio de acción, por lo que es de celebrar su inclusión en el texto⁴⁷. Pero como se ha dicho, más cuestionable resulta la eficacia tuitiva de las restantes disposiciones, que en esencia permiten al trabajador demandar a su empresario bien en el Estado de su domicilio o bien ante el país de ejecución del servicio y de la contratación laboral. El caso Ryanair así lo atestigua, pues los trabajadores han entendido que una mayor protección habría de venir de la mano de la jurisdicción española, lo que, dado el juego de las normas de competencia judicial, no ha sido siempre posible, al estimar nuestros tribunales su falta de competencia internacional.

37. Por su parte, el empresario demandante ve reducidas en el Reglamento sus posibilidades de litigar: sólo podrá presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro donde el trabajador tenga su domicilio. La razón de esta limitación procesal radica de nuevo en la tutela de los trabajadores, que explica también la designación de los tribunales de su Estado de domicilio como internacionalmente competentes⁴⁸, lo que ha sido calificado de “desarme empresarial” frente a la fuerza procesal del traba-

⁴⁵ En este sentido, *vid.* L.F. CARRILLO POZO, que afirma que “*lo que verdaderamente le beneficiaría [al trabajador] sería poder acudir a los propios, un forum actoris al estilo de lo que se brinda a los consumidores*” (“Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico. (Desarrollos a partir de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210/2018, parte Estudios, BIB 2018\10425).

⁴⁶ STSJ Cataluña de 26 marzo 2010 (AS\2010\1693), en Referencia al Reglamento 44/2001: “*La necesidad de tutelar al trabajador considerado parte débil de la relación jurídica justifica esta opción que se articula bien mediante la utilización de los foros próximos al trabajador bien limitando el juego de la autonomía de la voluntad o bien ampliando, sólo a la parte tutelada, las posibilidades de elección de tribunal internacionalmente competente*”.

⁴⁷ Sobre esta finalidad tuitiva respecto a consumidores y trabajadores, *vid.* Considerando 14 del Reglamento 1215/2012.

⁴⁸ M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Algunas cuestiones que plantea en Dipr la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2010), Vol. 2, N° 1, p. 250.

jador⁴⁹. Pero ello, claro está, a salvo del derecho del empresario a formular reconvencción ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial, a instancia del trabajador (art. 22.2).

38. Así planteadas las opciones procesales de trabajadores y empresarios, queda por mencionar una posibilidad común a ambos, contenida en el artículo 23 del Reglamento: la designación por las partes de la jurisdicción o tribunal internacionalmente competente. También aquí planea la orientación tuitiva del Reglamento, que sólo otorga validez -y por tanto prioridad sobre los anteriores foros- a los acuerdos de sumisión expresa que cumplan al menos una de las siguientes condiciones: ser posteriores al nacimiento del litigio, o permitir al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados por el propio Reglamento. La justificación de ambas exigencias resulta evidente: en el primer caso, garantizar que la cláusula de sumisión no haya sido impuesta *de facto* en el contrato de trabajo; en el segundo, evitar que los foros de protección reglamentariamente previstos puedan ser excluidos mediante un ‘acuerdo’ de sumisión procesal efectuado antes del nacimiento de la controversia, cuando la capacidad negocial del trabajador se halla más mermada⁵⁰.

39. En el conflicto que tratamos, se ha evidenciado como práctica constante la inclusión en los contratos de los trabajadores de Ryanair de cláusulas de sumisión nulas conforme a esta disposición⁵¹. Y ello por un doble motivo: no sólo eran anteriores al surgimiento del litigio -al estar insertas en el clausulado del contrato laboral- sino que otorgaban la exclusividad para conocer de eventuales demandas a los tribunales de Irlanda, siendo así que al ser el país del domicilio de la empresa, dicha opción procesal existía *ex artículo 21.1.a)*, no añadiendo una posibilidad nueva de litigar, según exige el Reglamento. La nulidad de esta cláusula contractual resulta evidente y así lo afirmó de forma rotunda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de septiembre de 2017⁵². Con anterioridad, los tribunales españoles también habían declarado sistemática y unánimemente su ineficacia, una coincidencia que, sin embargo, no se produce respecto a la cuestión de su propia competencia judicial internacional para conocer de las demandas presentadas por los trabajadores de Ryanair.

2. La (divergente) interpretación judicial española de la normativa comunitaria

40. En el momento actual no cabe afirmar que los tribunales españoles tengan una postura unánime en cuanto a existencia o no de su competencia judicial internacional para conocer de las reclamaciones planteadas por los trabajadores de Ryanair. Paradójicamente, el elemento último que utilizan para negar o afirmar la existencia de competencia judicial es el mismo: la existencia de una “base” en el territorio español. Un dato que algunos tribunales equiparan a los conceptos de ‘establecimiento’ e incluso de ‘domicilio’, utilizados por los Reglamentos comunitarios como foros de competencia judicial, mientras que otros órganos jurisdiccionales niegan su virtualidad como circunstancia determinante del lugar habitual de prestación de los servicios, adscribiéndose con ello a la doctrina de contenida en la STJUE de 14 de septiembre de 2017. Antes de examinar esta sentencia del TJUE en torno al concepto de base y sus implicaciones a efectos de competencia judicial internacional, interesa revisar las decisiones judiciales españolas que interpretan la normativa comunitaria sobre esta materia en el caso Ryanair. Resoluciones que, como dijimos, se han clasificado, *grosso modo*, en dos grandes grupos: las que defienden la existencia de competencia judicial y las que la niegan.

⁴⁹ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Competencia judicial en el contrato laboral con elemento extranjero”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº 132, 2017, p. 99.

⁵⁰ STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia*, cit.

⁵¹ Práctica que se repite con la inclusión de una cláusula que determina también la *lex contractus* mediante el siguiente tenor literal: “La relación laboral entre la empresa y usted se regirá en todo momento por las leyes en vigor y las enmiendas que puedan sufrir con el correr del tiempo del a República de Irlanda. Los Tribunales irlandeses tienen jurisdicción en todas las cuestiones relacionadas con el ejecución y rescisión del presente contrato” (Cfr. STSJ Madrid 14 de diciembre de 2012).

⁵² Asuntos C-168/16 y C-169/16, *Sandra Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd. y Miguel José Moreno Osácar c. Ryanair DAC* (ECLI: EU:C:2017:688): “una cláusula atributiva de competencia como la acordada en los contratos controvertidos en los asuntos principales no cumple ninguno de los dos requisitos fijados por el artículo 21 del Reglamento Bruselas I, por lo que no puede invocarse frente a los demandantes de dichos asuntos”.

A) Decisiones que afirman la competencia judicial internacional de los tribunales españoles

41. Cronológicamente, la primera decisión que encontramos en este sentido es la STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2010⁵³, que confirmó la competencia judicial de los tribunales españoles declara por el Juzgado de lo Social para conocer de la demanda presentada por una trabajadora contra Crewlink Ireland Limited, por lo que consideraba una ilegítima modificación sustancial de sus condiciones de trabajo: su traslado del aeropuerto de Gerona al de Kerry (Irlanda) como base de operaciones. El contrato de trabajo incluía una cláusula delimitando el lugar de trabajo mediante la siguiente consideración: dado que los servicios habían de prestarse a bordo de las aeronaves propiedad de Ryanair, y éstas se hallan matriculadas en Irlanda, tal es el Estado de desempeño del trabajo.

42. Frente a esta afirmación, la demandante alegaba que siendo el aeropuerto de Gerona el punto de inicio y destino final de los vuelos diarios, el lugar de prestación de los servicios era dicho aeropuerto, aduciendo además que en su horario de trabajo ('roster') aparecía como base de operaciones la de Gerona. La demandada negaba tal interpretación, aduciendo que la trabajadora no prestaba servicio alguno en tierra, sino exclusivamente en las aeronaves irlandesas, y que los horarios de trabajo, así como las instrucciones y órdenes, se creaban en Dublín y desde allí se emitían vía internet.

43. Ante tales alegaciones, tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ declaran que siendo Gerona el lugar de prestación de los servicios, la jurisdicción española posee competencia internacional para dirimir el litigio planteado, en aplicación del artículo 19 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre. En esencia, el razonamiento que los lleva a pronunciarse en tal sentido es el siguiente: el contrato laboral adscribía a la trabajadora al aeropuerto de Gerona, base donde había operado desde su contratación hasta que fue trasladada por la decisión empresarial objeto de la demanda. Aunque los servicios se prestaban principalmente a bordo de las aeronaves, la trabajadora también desarrollaba algunas labores en tierra, recibiendo además sus instrucciones de trabajo directamente de la supervisora de Ryanair en el aeropuerto de Gerona, o por correo electrónico, al que accedía a través de los ordenadores situados en dicho aeropuerto. A juicio de ambas instancias, dichos elementos rebatían el contenido literal de la cláusula definitoria del lugar de trabajo contenida en el contrato laboral, y el argumento del país de matriculación de las aeronaves esgrimido en su apoyo por la demandada.

44. Se asienta así la competencia de la jurisdicción española sobre el foro del artículo 19.2.a) del Reglamento 44/2001, que faculta al trabajador para demandar al empresario ante los tribunales de un Estado miembro distinto al de su domicilio: el del lugar donde desempeñe habitualmente su trabajo o el último lugar en que lo hubiere desempeñado. Y ello, sobre la interpretación de que dicho lugar es el aeropuerto de salida y regreso del trabajador, donde también realiza sus obligaciones laborales y donde recibe las instrucciones de trabajo, lo que disminuye el peso de las labores realizadas a bordo de la aeronave como factor indicativo determinante del lugar de prestación de los servicios.

45. Aunque con un argumento distinto, en esta línea favorable a la competencia internacional de nuestros tribunales se inscribe la STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012⁵⁴, que también con fundamento jurídico en el Reglamento 44/2001, declaró la competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda por despido presentada por un trabajador español domiciliado en Madrid frente a las empresas Workforce International Contractors Ltd. y Ryanair Ltd., revocando así la apreciación en sentido contrario de la juzgadora de instancia. La decisión del Juzgado de lo Social se basaba en el siguiente razonamiento: como los demandados tienen su domicilio en Irlanda, Estado miembro de la Unión Europea, ninguno de los tres foros de competencia recogidos en el Reglamento 44/2001 conducía a España: domicilio del demandado ("*o, de ser persona jurídica, tenga sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento*"⁵⁵), lugar habitual de prestación de los servicios ("*o subsidiariamente, lugar del*

⁵³ Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia núm. 2351/2010, de 26 de marzo (AS\2010\1693).

⁵⁴ Sala de lo Social, Sección 3ª. Sentencia núm. 995/2012, de 14 diciembre (JUR\2013\106190).

⁵⁵ Esta interpretación del Reglamento por parte del Juzgado de lo Social produce cierta perplejidad, pues parece confundir

contrato)⁵⁶, y sumisión de las partes. Sin embargo, el TSJ de Madrid cuestionó la primera exclusión, declarando que “*al no ser cuestionable que uno de los codemandados, Ryanair, tiene base en Madrid*”, el trabajador podía demandarlo en España.

46. Los hechos eran los siguientes: el demandante había prestado servicios para la empresa Workforce International con la categoría profesional de Auxiliar de Cabina desde 2007 en las aeronaves de Ryanair con base en Madrid. En 2010 las partes suscribieron un segundo contrato de trabajo temporal, de tres meses de duración, cuyo objeto era la prestación de servicios como Auxiliar de Cabina en las aeronaves de Ryanair con base en el Aeropuerto de Oslo. El contrato incluía un acuerdo de sumisión a la legislación irlandesa y a la jurisdicción de los tribunales de dicho Estado. El demandante recibía las instrucciones laborales desde Dublín, vía internet, y percibía su retribución a través de una cuenta corriente abierta en Irlanda. Dicha retribución era abonada por la sociedad WCI, que también cotizaba a la Seguridad Social por el demandante, quedando probado que la compañía carecía de oficinas en España. Las mismas cláusulas, objeto de la prestación y base laboral se mantuvieron en un tercer contrato, suscrito al finalizar el segundo, con duración hasta junio de 2013, pero en enero de 2011 la empresa Workforce comunicó al trabajador su despido por lo que consideraba razones disciplinarias.

47. En el recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia declaró indubitada la cualidad de empresario laboral de Ryanair, que en absoluto consideró ajena a la relación laboral con el trabajador, toda vez que era la “*receptora directa de sus servicios*”⁵⁷. Por el contrario, el Juzgado de lo Social había declarado que el empresario del actor no era la compañía aérea, sino la agencia de empleo codemandada -con sede en Irlanda-, lo que para el TSJ suponía acudir “*a un artificio*” que anticipaba la decisión de fondo. La proclamada condición de empresario de Ryanair por el TSJ, unida a la presencia en Madrid de una base de la compañía aérea, lleva al Tribunal a activar el foro del domicilio del demandado, en lo que consideramos una interpretación tan bienintencionada como excesiva, que le permite además activar el foro del litisconsorcio (art. 6.1) para extender su competencia a la agencia de contratación codemandada, con domicilio en la República de Irlanda.

48. Surge aquí la noción de “base” como elemento a dotar de contenido a efectos de determinar la competencia judicial internacional, una cuestión en absoluto resuelta jurisprudencialmente de forma inequívoca. En este caso, el TSJ de Madrid realizó una cuestionable equiparación con el concepto de domicilio empresarial, y como veremos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la cuestión, por lo que diferimos a su estudio las consideraciones oportunas. Respecto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, hay que adelantar que fue casada por el Tribunal Supremo en una decisión que veremos en otro apartado, por adscribirse a la corriente que niega la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en este tipo de litigios. Sin perjuicio de lo cual, resulta oportuno adelantar que en dicho recurso, el Ministerio Fiscal se mostró partidario -aunque “*con matices*”- de considerar que la compañía Ryanair pudiera ser demandada ante los tribunales españoles, “*a la vista de esa base de operaciones que mantiene el Aeropuerto de Madrid*”.

49. De lo visto hasta ahora se desprenden ya dos acepciones de un mismo concepto (‘base’), ambas aptas para fundamentar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles: como domicilio y como lugar de prestación de los servicios. Como domicilio resulta una interpretación des-

el foro del de domicilio del demandado, que opera cuando éste radica en un Estado miembro de la Unión Europea, con el de la “sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento”, que se aplica en defecto de dicho domicilio en la Unión Europea y precisamente por dicha causa, para permitir que el trabajador pueda presentar su demanda en un Estado miembro.

⁵⁶ Reproduce aquí el TSJ un error de fundamentación contenido en la sentencia de instancia y todavía presente en algunas decisiones españolas: buscar la competencia judicial en la normativa comunitaria y la LOPJ (art. 25) simultáneamente. Certo es que dicho precepto consagra el criterio de la celebración del contrato en territorio español, pero no lo es menos que su aplicación resulta subsidiaria del ordenamiento comunitario, que siendo de aplicación en este supuesto, elimina por completo cualquier posible juego de los foros de competencia contenidos en el artículo 25 LOPJ.

⁵⁷ En coherencia con ello, el TSJ califica de “*mediación laboral*” la intervención de la codemandada WFI, “*pudiendo responder a una simple política mercantil de externalización*”.

medida, cuestionable desde la definición que de domicilio social consagra el Reglamento 1215/2012 en su artículo 63 (art. 60 Reglamento 44/2001), que prima el deseo de atraer el conflicto hacia la jurisdicción española sobre el tenor literal del precepto⁵⁸. Como lugar de desempeño habitual de trabajo, abre la puerta a la labor judicial valorativa, sopesando *in casu* los elementos del contrato y las concretas circunstancias concurrentes, para otorgar más entidad a las labores desarrolladas en tierra que a las efectuadas a bordo de las aeronaves⁵⁹. En el ámbito que tratamos, esta interpretación debe considerarse acorde con la directriz interpretativa de la jurisprudencia comunitaria que se muestra partidaria de analizar este concepto en un sentido amplio, con el objetivo de proteger al trabajador⁶⁰. Otra cosa es que el lugar de prestación habitual de los servicios resulte, indubitada y automáticamente, la opción procesal más tuitiva, como finalmente habrá que cuestionar.

50. La siguiente resolución que encontramos en este recorrido cronológico por las decisiones españolas que defienden la competencia de nuestros tribunales para dirimir los litigios entre Ryanair y sus trabajadores es la STSJ Cataluña de 25 de junio 2015⁶¹, que confirmó la declaración de en tal sentido del Juzgado de lo Social nº 1 de Gerona. En esta ocasión, se trataba de la demanda por despido presentada por un trabajador extranjero residente en España, contratado como tripulante de cabina de pasajeros, primero por Crewlink Ireland Ltd. y cinco años después directamente por Ryanair, en calidad de Supervisor Junior de Atención al Cliente en cabina.

51. El segundo contrato contenía la cláusula ya vista respecto al lugar de trabajo, declarando que dado que los aviones de la compañía Ryanair están registrados en la República de Irlanda y desempeñaría su trabajo en estos aviones, su puesto de trabajo debía considerarse situado en dicho Estado. Asimismo, el contrato determinaba que el trabajador tendría su base principalmente en el aeropuerto de Girona -donde también residía- “o cualesquiera otros lugares en que la compañía razonablemente requiera el cumplimiento de sus obligaciones laborales”. También contractualmente se establecía una cláusula de elección de ley al ordenamiento irlandés y de jurisdicción a los tribunales irlandeses. Durante toda la vigencia del contrato de trabajo, el actor prestó servicios como auxiliar de cabina en las aeronaves de Ryanair con base en Gerona, es decir, los vuelos que realizaba tenían origen y destino en el aeropuerto de dicha ciudad. Su salario era abonado por la empresa en una cuenta bancaria abierta en una entidad de crédito con sede en la República de Irlanda, y la empresa demandada cotizaba a la Seguridad Social, efectuaba las retenciones fiscales e ingresaba los importes correspondientes el Estado irlandés.

52. Sobre estos datos, el TSJ ratifica la competencia afirmada por la sentencia de instancia. En aplicación del Reglamento 44/2001, y tras descartar la validez de la cláusula de sumisión a los tribunales de Irlanda, fundamenta su decisión el foro recogido en su artículo 19.2.b), aplicable a los supuestos en que el trabajador no preste sus servicios en un único Estado. Con un razonamiento algo difuso, el Tribunal considera que al no prestar el trabajador sus servicios solamente en tierra, sino también a bordo de la aeronave -matriculada en Irlanda- no existe un único lugar de trabajo, debiendo acudir al citado precepto, que establece en tal caso la competencia del tribunal “del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador”.

⁵⁸ Una interpretación expresamente rechazada por la STSJ Cataluña de 25 junio de 2015 (AS\2016\365), que tras puntualizar que dicho concepto de domicilio es solamente aplicable para los casos en los que se demande a empresas que no tengan su domicilio en un Estado miembro, recuerda que, conforme a la STJUE de 19 de julio 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia*, cit., para la oficina de la compañía aérea en un aeropuerto español pueda ser considerada como “sucursal, agencia o establecimiento”, deben concurrir dos presupuestos: “la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz”, y que esté dotado “de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz”.

⁵⁹ “La habitualidad concurre en aquel lugar en el que se concentra la parte más importante del quantum total del contrato” (STJCE de 27 de febrero de 2002, *Herbert Weber c. Universal Ogden Services Ltd.*, asunto C-37/2000, Rec. 2002 I-02013).

⁶⁰ SSTJUE de 12 de septiembre de 2013, *Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker*, asunto C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551; y de 14 de septiembre de 2017, asuntos C-168/16 y 169/16, *Nogueira*, cit.

⁶¹ Sala de lo Social (Sección 1ª) núm. 4166/2015, de 25 de junio (AS\2016\365), comentada por C.M. GARCÍA MIRETE en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/1, enero-junio 2016, pp. 191-193.

53. En el presente caso, considera la presencia de la base de operaciones de Ryanair en el aeropuerto de Gerona y la adscripción a ésta del trabajador permiten concluir la existencia “*de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz*”. Para el Tribunal, esta interpretación “*habilita el fuero alternativo electivo que, con habilidad legal, elige el trabajador*” y que otorga competencia para conocer del litigio a la jurisdicción española. De este modo, la decisión se basa en el concepto legal de ‘sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento’ tal como ha sido delimitado por la jurisprudencia comunitaria⁶². Vemos, por tanto, como esta decisión del TSJ de Cataluña llega a la misma conclusión que el TSJ de Madrid -la existencia de competencia judicial internacional de la jurisdicción española- pero por distinta vía, pues mientras éste determinó la presencia en España del domicilio de Ryanair, aquél rechaza dicha interpretación y vincula la competencia judicial española a la ubicación en nuestro país del establecimiento que empleó al trabajador.

54. Con el mismo resultado pero un fundamento jurídico diferente se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona de 22 de septiembre de 2017⁶³, que resolvió la demanda por despido presentada contra Ryanair por una tripulante de cabina de pasajeros adscrita al aeropuerto de El Prat y residente en Viladecans. La demandada opuso la excepción de falta de competencia judicial internacional del Juzgado con sus consabidos argumentos: la ubicación de su domicilio social en Irlanda, las aeronaves matriculadas en dicho Estado como lugar de prestación de los servicios, fijado así contractualmente, las cláusulas de elección de la ley irlandesa y sometimiento a los tribunales irlandeses, la confección en Dublín de las instrucciones y programaciones de vuelo, así como la gestión de personal, y el abono de los salarios en una cuenta corriente irlandesa.

55. Frente a ello, el Juzgado estimó que la determinación del lugar de trabajo habitual debía realizarse conforme al método indiciario en el sentido marcado por la STJUE de 14 de septiembre de 2017, que exige un análisis caso por caso. En el presente, los datos tomados en consideración por el juzgador fueron los siguientes: el domicilio de la actora se encontraba en Viladecans, conforme a su obligación contractual de residir a menos de una hora de distancia del aeropuerto de El Prat, donde radicaba la oficina de Ryanair donde se firmaba la entrada y salida de los trabajadores y prestaban sus servicios la supervisora de la base y las secretarías; las quejas de los pasajeros eran tramitadas por la empresa Lesma⁶⁴ contratada por Ryanair; el inicio y finalización de la jornada laboral se producía en el citado aeropuerto, las vacaciones y bajas médicas se solicitaban vía internet a Dublín, y -lo que resultó determinante- la trabajadora había cotizado durante el último año en Irlanda y España, tributando en nuestro país en concepto de renta de las personas físicas.

56. A estas circunstancias, el Juzgado aplica el concepto de ‘base’ objeto de la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 14 de septiembre de 2017: “*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*”. Y conforme a la doctrina sentada en dicha decisión, estima que en el presente caso, la relevancia de la base como criterio de determinación del lugar habitual de prestación de los servicios no queda desvirtuada por otras circunstancias que lleven a entender que existen unos vínculos más estrechos con un lugar de trabajo distinto de esa ‘base’. La conclusión lógica de este razonamiento es considerar el aeropuerto de El Prat como lugar de prestación habitual de los servicios, y correlativamente, declarar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, y de dicho Juzgado en concreto, sobre la base del artículo 21.1.b).i) del Re-

⁶² STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia*, cit.

⁶³ AS\2017\1977.

⁶⁴ *Lesma Handling Group* es una sociedad constituida en 2002 con domicilio en L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), es una sociedad cuyo objeto es la realización de servicios de Handling de pasajeros y representación de compañías aéreas, que actualmente opera en 25 aeropuertos españoles y presta servicios a 19 compañías aéreas, entre las que se encuentran Ryanair, y otras pertenecientes a la Asociación de Aerolíneas Europeas de Bajo Coste, como Jet2, Vueling o Wizz Air (<http://www.lesmahandling.com/>).

glamento 1215/2012, que consagra el foro del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo⁶⁵.

57. Esta decisión añade un tercer criterio para sentar la competencia judicial de los tribunales españoles en el caso Ryanair: a los ya utilizados foros del domicilio del demandado y del establecimiento empleador se suma aquí el foro del lugar de prestación habitual de los servicios. La intencionalidad de esta corriente interpretativa resulta clara -y loable-, pues trata de aplicar la normativa comunitaria sobre competencia judicial bajo la perspectiva del principio *favor laboratoris*, permitiendo al trabajador ejercitar su acción ante los tribunales más cercanos a sus intereses. Sin embargo, no obstante, igualmente manifiesto resulta el hecho de que la protección está directamente relacionada con la previsibilidad y la certeza, y tan variadas interpretaciones de una misma cuestión y datos fácticos convierten la determinación del tribunal competente en un proceso incierto y poco previsible, habida cuenta de que la disparidad de foros utilizados para ello.

58. Cerrando el bloque de decisiones judiciales españolas que afirman la competencia de nuestros tribunales en este asunto nos encontramos ya citada Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife de 7 de septiembre de 2018⁶⁶. Como se dijo, el primer motivo de oposición de Ryanair a la demanda del actor fue la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, dado que el trabajo se prestaba en el interior de la cabina de las aeronaves de su propiedad, cuyo pabellón es irlandés, y que la empresa carece de domicilio en España. La juzgadora acogió parcialmente la segunda alegación, admitiendo la inexistencia de domicilio, “agencia o delegación” en nuestro país, pero correlativa -y sorpresivamente- estimó que el centro de operaciones de Ryanair en el aeropuerto de Tenerife sí podía considerarse una “representación en España” por constituir “una sede de intereses efectivos” en nuestro país.

59. La sorpresa deriva del soporte jurídico que sustenta esta consideración, pues entiende la sentencia que dicho elemento encaja en el foro previsto en el artículo 25.1 LOPJ, que en materia de contrato de trabajo determina la competencia de los tribunales españoles cuando el demandado tenga “una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España”. Es evidente que este precepto no resulta aplicable al presente litigio, puesto que habiendo presentado el trabajador su demanda en febrero de 2017, la cuestión debía regirse por el Reglamento 1215/2012, que desplaza la normativa estatal en materia de competencia judicial internacional. Persistiendo en este error de fundamentación, la sentencia alega en su apoyo el artículo 155.3 LEC, que a efectos de actos de comunicación, permite designar como domicilio “*el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional*”. De nuevo encontramos aquí una base jurídica inapropiada, esta vez por dos razones: la utilización de nuestra ley procesal autónoma para determinar la competencia judicial internacional, y dentro de ella, el empleo de un precepto que no recoge un foro de competencia judicial, siquiera territorial e interna, sino que se trata de una norma instrumental destinada a facilitar los actos de comunicación inherentes al proceso⁶⁷.

60. Como último fundamento jurídico, la sentencia cita por fin la normativa comunitaria, si bien lo hace respecto al Reglamento 44/2001, ya inaplicable por razones cronológicas, y acude al foro de su artículo 19, que permitía demandar a los empresarios domiciliados en un Estado miembro ante el tribunal del lugar de prestación habitual de los servicios, criterio que reproduce el actual artículo 21.b).i) Reglamento 1215/2012. Además del afirmado ‘domicilio’ en España según lo visto, ya encuadrado su

⁶⁵ Además, de este fundamento jurídico, el Juzgado cae en la errónea práctica judicial española de seguir invocando el artículo 25 LOPJ, además de basar citar en apoyo de su competencia judicial internacional una norma sobre competencia territorial: el artículo 10.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁶⁶ *Vid.* página 4.

⁶⁷ Carácter instrumental que no empaña su trascendencia, dada la directa relación entre el cumplimiento judicial de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. Al respecto, *vid.* SSTC 77/1997, de 21 de abril (RTC 1997\77) y 216/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002\216); y STS 231/2011, de 29 de marzo (RJ 2011\3022).

razonamiento en el marco comunitario, la sentencia considera que el trabajador realiza habitualmente su prestación en nuestro país sustentan su apreciación sobre el concepto de ‘base’ recogido en el Reglamento 8/2008, de 11 de diciembre de 2007, por el que se modifica el Reglamento 3922/91 del Consejo, en lo relativo a los requisitos técnicos y los procedimientos administrativos comunes aplicables al transporte comercial por avión⁶⁸. Además de establecer la obligación del operador de asignar una base a cada miembro de la tripulación (OPS 1.1090, art. 3.3.1), el Reglamento define el concepto de base como el “*lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina un periodo de actividad o una serie de periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante*” (OPS 1.1095, art. 1.7).

61. Obviando la anterior confusión en cuanto a sus fundamentos de Derecho, aquí radica el verdadero sustento jurídico de la sentencia, que declara la competencia judicial de los tribunales españoles sobre la afirmación de que siendo el aeropuerto de Tenerife la base asignada por Ryanair al piloto demandante, procede considerar dicha base como el lugar de prestación habitual de los servicios. En apoyo de esta interpretación, señala que viene impuesta por el Reglamento 465/2012⁶⁹, que modificó el Reglamento 883/2004 añadiendo a su artículo 11 la siguiente previsión: “5. *“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) no 3922/91”*. De este modo, la competencia de la jurisdicción española en litigios de estas características se asienta sobre una interpretación novedosa e incipiente, que ya ha sido objeto de análisis por el TJUE: la equiparación del concepto de ‘base’ delimitado por normas procedimentales sobre aviación comercial al concepto de lugar de trabajo habitual’ utilizado en sede de normativa competencial. Sobre la viabilidad de esta identificación se ha pronunciado el TJUE en los términos que veremos.

62. Como conclusión a este apartado que integra las decisiones españolas favorables a la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, hay que reiterar la excesiva incertidumbre que en ellas concurre en cuanto a su fundamentación jurídica. Así, vemos cómo un mismo concepto, el de ‘base’, es susceptible de encajar en tres foros diferentes, según la acepción que le otorgue cada tribunal: el domicilio del demandado (STSJ Madrid 14 diciembre 2012), el lugar habitual de prestación de los servicios (SSJS Madrid 22 septiembre 2017 y Santa Cruz de Tenerife 7 septiembre 2018), y la ubicación del establecimiento que ha empleado al trabajador (STSJ Cataluña 25 marzo 2015). Criterios que, bajo la normativa actual, se corresponden con los foros recogidos respectivamente en los artículos 21.1.a), 21.1.b).i. y 21.1.b).ii. del Reglamento 1215/2012. Y presumiendo a todas las interpretaciones la intención de favorecer los intereses del trabajador, no deja de ser censurable la exagerada inseguridad que generan respecto a la necesaria previsibilidad que debe acompañar a los foros de competencia judicial internacional, como determina el propio Reglamento Bruselas I bis⁷⁰.

B) Decisiones que niegan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

63. Por obvias razones de jerarquía judicial no seguimos aquí el mismo criterio cronológico anteriormente utilizado para analizar las decisiones incluidas en este segundo bloque. La primera de ellas debe ser la STS 30 diciembre 2013⁷¹, que como ya se adelantó, anuló la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 diciembre 2012. Cabe anticipar que el razonamiento que lleva al Tribunal Supremo a casar la sentencia fue su consideración de que ninguna de las empresas codemandadas (Workforce International Contractor Ltd. y Ryanair Ltd.) tenía domicilio social en España, sino en

⁶⁸ DOUE L núm. 10, de 12 de enero de 2008.

⁶⁹ Reglamento (UE) n° 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004 (DOUE L núm. 149, de 8 de junio de 2016).

⁷⁰ “*Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad*” (Considerando 15).

⁷¹ Sala de lo Social (RJ\2013\8369).

otro Estado miembro. A su juicio, la existencia de una oficina de Ryanair en Gerona carecía de entidad suficiente para ser calificada de domicilio social. A mayor abundamiento, recuerda que el contrato de trabajo no se suscribió en España y la prestación de servicios se efectuaba fuera de nuestro país⁷².

64. A la vista de estos hechos, expone el Tribunal las opciones de litigar que, conforme al Reglamento 44/2001, se ofrecían al trabajador demandante, *ex* artículos 19 y 21. Entre ellas, descarta la capacidad del pacto de sumisión incluido en el contrato de trabajo (a la jurisdicción irlandesa) para alterar la regla general de competencia del artículo 19, puesto que dicho acuerdo no cumplía ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 21 para otorgarle tal eficacia: ser posterior al nacimiento del litigio o permitir al trabajador formular su demanda ante un tribunal distinto al predeterminado legalmente. Siendo así que la sumisión había sido pactada con anterioridad al conflicto y remitía a los tribunales de Irlanda, domicilio de las empresas codemandadas, resulta evidente la ineficacia de la cláusula.

65. Quedarían, por tanto, las alternativas ofrecidas al trabajador demandantes por el artículo 19: los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado, y del lugar de desempeño habitual del trabajo, o en caso de no prestarse los servicios en un único Estado, el tribunal del lugar donde hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador. Como vimos, el TSJ de Madrid se había acogido a la primera opción, calificando de domicilio la base de Ryanair en el aeropuerto de Barajas y activando con ello el foro del domicilio del demandado. Pero el TS rechaza de plano esta interpretación, ante todo, porque “*resulta patente*” que la existencia de una base en el aeropuerto de Madrid no encaja en ninguna de tres acepciones de domicilio societario recogidas por el artículo 60 Reglamento 44/2001: sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal. Junto a ello, recuerda el TS que tampoco cabe acudir a la asimilación entre domicilio y ‘sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento’ realizada por el artículo 18 Reglamento 44/2001, ya que dicho concepto de domicilio sólo resulta aplicable a los supuestos de empresas demandadas no domiciliadas en un Estado miembro, circunstancia que no concurría en el presente caso. Descartado así el foro del domicilio del demandado como criterio de competencia de los tribunales españoles, el Tribunal examina la siguiente posibilidad competencial ofrecida por el Reglamento 44/2001: el lugar de prestación habitual de los servicios laborales (art. 19.2.a).

66. Dado que el trabajador había prestado servicios en los aeropuertos de Madrid (junio 2007-marzo 2010) y Oslo (marzo 2010-enero 2011), entiende el TS que no concurre aquí este foro, toda vez que no existe un único lugar de cumplimiento de la obligación laboral que pueda tomarse en consideración para determinar el tribunal competente, y ello en aplicación de la doctrina contenida en la STJCE de 10 de abril de 2003⁷³. Hasta aquí su razonamiento resulta de todo punto lógico por literal, ya que la prestación laboral había tenido lugar, efectivamente, en dos Estados distintos. Pero al negar la competencia de la jurisdicción española, lo hace sobre un razonamiento contradictorio, o cuanto menos sorprendente, pues a continuación declara que “*la condición de ‘habitualidad’ de la prestación laboral concurre en el Estado de Noruega, país donde el trabajador había prestado servicios entre marzo de 2010 y enero de 2011, y donde tenía lugar el cumplimiento de sus obligaciones características*”.

67. La perplejidad radica en que los argumentos que llevan al TS a declarar que es Oslo el lugar de trabajo habitual bien podrían ser aplicados al trabajo en Madrid con idéntico resultado. Así, también

⁷² Como sentencia contradictoria en la casación unificadora, las demandadas alegaron la STSJ Cataluña de 28 febrero 2011 (AS\2011\2106), que declaró la incompetencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda de despido interpuesta por tres trabajadores españoles contra una sociedad domiciliada en Malta (*Moonstone Shipping Ltd.*) para prestar servicios a bordo de un catamarán de vela propiedad de la sociedad maltesa. El TS rechazó la alegada contradicción, manifestando que aunque existían similitudes con el litigio planteado, concurría una diferencia esencial entre las sentencias comparadas: mientras que en el ‘asunto Moonstone’ la sociedad poseía su domicilio en Malta y carecía de oficinas en España, siendo el objeto del contrato de trabajo -aun suscrito en España- la prestación de servicios en aquel país, en el ‘asunto Ryanair’ pese a carecer la sociedad irlandesa de domicilio en España sí posee aquí una base -u oficina, según declara la sentencia recurrida- donde puede ser demandada a juicio de la resolución de instancia.

⁷³ Asunto C-437/00, *Giulia Pugliese c. Finmeccanica SpA, Betriebsteil Alenia Aerospazio* (TJCE 2003\106).

en su aeropuerto tuvo lugar el cumplimiento de las obligaciones características del contrato laboral, se concentraba la parte más importante del *quantum* total del contrato⁷⁴, tenía el trabajador su centro de operaciones y cumplía principalmente sus obligaciones con respecto a la empresa⁷⁵. Y todo ello, durante un espacio de tiempo notablemente superior al período de prestación desarrollada en el aeropuerto de Oslo. A la vista de lo cual, resulta inevitable preguntarse por la interpretación que hubiera realizado el TS de haber concurrido un único destino, en lugar de los dos que concurrían en el asunto: ¿se habría considerado en tal caso el aeropuerto como lugar de prestación habitual de los servicios?

68. Excluida así la virtualidad del foro del domicilio del demandado y del lugar de prestación de los servicios para otorgar competencia a la jurisdicción española, y aun habiendo declarado que no cabe activar la tercera vía procesal, por no existir una prestación realizada en varios Estados, el Tribunal se detiene en el concepto de “sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento”, que en el marco del contrato de trabajo puede operar también como criterio de competencia judicial cuando el trabajador no presta sus servicios en un único Estado, a través del foro del establecimiento que lo hubiera empleado (art. 19.2.b) Reglamento 44/2001). Su respuesta vuelve a ser negativa y rechaza la posibilidad de activar este criterio pues, a su juicio, no puede considerarse la oficina de Ryanair en el aeropuerto de Madrid como una “sucursal, agencia o establecimiento” tal como ha interpretado este concepto la jurisprudencia comunitaria. En su apoyo cita la STJUE de 19 de julio de 2012⁷⁶, que a efectos de competencia judicial exige que en dichos elementos concurren dos presupuestos. El primero, la existencia de un centro de operaciones que se manifieste de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz, dotado de dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros, que no están obligados por ello a dirigirse directamente a la casa matriz. El segundo, que el litigio se refiera a actos relativos a la explotación de dichas entidades, o a obligaciones contraídas por éstas en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentren tales entidades. Siguiendo esta doctrina, estima el TS que tampoco concurren aquí dichos requisitos, por lo que tampoco el foro del artículo 19.2.b) habilita la competencia de los tribunales españoles para conocer del asunto a ellos sometido.

69. Agotadas así todas las posibilidades de litigar ante la jurisdicción española, el Tribunal estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Workforce International Contractors Ltd. y Ryanair Ltd., casa y anula la sentencia de suplicación impugnada, declarando la falta de competencia judicial internacional de los tribunales sociales españoles para conocer de la demanda de despido formulada. Como vemos, la sentencia en ningún momento se cuestiona la posibilidad de asimilar el aeropuerto asignado al trabajador al concepto de ‘base’ utilizado por la normativa comunitaria, al modo en que sí hacen otras decisiones. La ausencia se explica por lo novedoso de este planteamiento, que viene tomando fuerza en los últimos años frente a decisiones como la que acabamos de ver, negadoras de la facultad de los trabajadores del sector aéreo de acudir a los tribunales del país de su aeropuerto de destino, acaso en un intento de acercar dicha competencia judicial mediante un razonamiento que sortee los anteriores obstáculos.

70. Esta línea de rechazo de la competencia de los tribunales españoles para conocer de las demandas planteadas por los trabajadores al servicio de Ryanair se mantiene en la STSJ Comunidad Valenciana de 9 enero de 2018⁷⁷. De nuevo se dirime aquí una demanda presentada frente a las sociedades Crewlink Ireland Ltd. y Ryanair, esta vez por un trabajador español contratado por la primera en febrero de 2010 para prestar servicios a bordo de las aeronaves propiedad de Ryanair con la categoría profesional de agente de atención al cliente. El actor pernoctaba en Manises, en cuyo aeropuerto iniciaba y finalizaba su jornada laboral. Su trabajo se sometía a las órdenes de Crewlink Ireland y era supervisado por el personal de Ryanair. El contrato contenía las habituales cláusulas de elección de ley y jurisdicción competente, a favor del ordenamiento y los tribunales irlandeses respectivamente.

⁷⁴ STJCE de 27 de febrero de 2002, asunto C-37/2000, *Weber*, cit.

⁷⁵ STJCE 13 de julio de 1993, asunto C-152/92, *Mulox IBC Limited c. Hendrick Geels*, Rec. p. I-4075 .

⁷⁶ Asunto C-154/11, *Mahamdia*, cit.

⁷⁷ Sentencia núm. 33/2018, de 9 de enero (JUR\2018\115917).

71. Al acudir al Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia, el demandante alegó que siendo el aeropuerto de Manises su base asignada de inicio y fin de su jornada laboral, éste era el lugar habitual de prestación de sus servicios. Pero ni en instancia ni en suplicación fue acogido este argumento, que al identificar dicho aeropuerto como lugar de prestación habitual de los servicios, pretendía hacer competentes a los tribunales de Valencia para conocer de su demanda, *ex* artículo 21.1.b).i. Reglamento 1215/2012. Y ello, a juicio del demandante, en aplicación de los criterios interpretativos sobre el concepto de ‘base’ establecidos por la STJUE de 14 de septiembre de 2017⁷⁸.

72. Pero para ambas instancias judiciales, esta identificación de la base asignada con el lugar de trabajo habitual no resultaba acorde a dicha doctrina, ni se deducía en absoluto de los términos del contrato laboral. El tenor literal de la cláusula cuya interpretación se discutía era el siguiente: “5. *Ubicación. Como las aeronaves del Cliente están matriculadas en la República de Irlanda y como Ud. realizará sus tareas en estas aeronaves, su empleo se basa en la República de Irlanda. Estará ubicado inicialmente en el aeropuerto de VLC y en cualquier otra ubicación o ubicaciones razonablemente requerida por la Compañía para el debido cumplimiento de sus tareas y responsabilidades (...)*”. En opinión del TSJ, la alegada interpretación de la cláusula no era más que una “*visión subjetiva*” del actor, que resultaba además contradictoria con la jurisprudencia comunitaria, en concreto con la alegada Sentencia de 14 de septiembre de 2017 y la Sentencia de 15 de marzo de 2011⁷⁹.

73. Dejando para el siguiente apartado la primera consideración -a fin de reflexionar sobre el uso del concepto técnico de “base” a efectos laborales-, nos detendremos ahora en la argumentación extraída por el TSJ de la segunda sentencia citada. En ella, órgano comunitario declaró que cuando el trabajo sea desempeñado en varios Estados miembros, el concepto de “*realice habitualmente su trabajo*” debe entenderse en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador realiza normalmente su actividad profesional o, a falta de centro de actividad, el lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo. Para concretar dicho lugar, indica el TJUE que deben tenerse en cuenta los siguientes factores: lugar donde el trabajador recibe las instrucciones, lugar desde el cual se organiza su trabajo, lugar donde están situadas sus herramientas de trabajo, lugar donde se efectúa principalmente el transporte, lugar de descarga de la mercancía, lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones.

74. El TSJ de Valencia extrapola este análisis al supuesto aquí planteado, aplicándolo a los siguientes hechos probados: las principales tareas encomendadas al trabajador eran seguridad, atención, ayuda y control del pasaje, tareas de embarque y suelo (incluyendo clasificación y anuncios), ventas a bordo, limpieza del interior de la nave, controles de seguridad y otras que la compañía le pudiera adjudicar; el demandante estaba dado de alta en la Seguridad Social de Irlanda; aunque pernoctaba en Manises, lugar de inicio y fin de su jornada laboral, desempeñaba su trabajo a bordo de aeronaves propiedad de Ryanair, a las órdenes de la empresa Crewlink Ireland; dicha empresa confeccionaba en Dublín los calendarios de trabajo, y comunicaba por internet los programas de vuelo; igualmente desde la sede de Dublín se trataban todas las cuestiones disciplinarias y se tramitaban las relativas a vacaciones y licencias; también allí se realizaban las entrevistas de trabajo y la contratación de los empleados, publicándose las ofertas de empleo desde la misma oficina en Dublín. A mayor abundamiento, recuerda el TSJ que los contratos estaban redactados en inglés, y los salarios se abonaban por Crewlink Ireland Ltd. en las cuentas titularidad de los empleados abiertas en Irlanda, a cuya Seguridad Social cotizaban.

75. En opinión del Tribunal valenciano, lo relevante es que el actor prestaba servicios a bordo de una aeronave de nacionalidad irlandesa, bajo las órdenes de trabajo emitidas desde Dublín y el régimen disciplinario desde allí impartido, con sometimiento a la legislación de Seguridad Social irlandesa, y percibiendo el salario en una cuenta titularidad del actor abierta en Irlanda. De estas circunstancias

⁷⁸ Sala Segunda. Asuntos C-168/16 y C-169/16, *Nogueira*, cit.

⁷⁹ Asunto C-29/10, *Heiko Koelzsch c. État du Grand Ducado de Luxembourg*, ECLI:EU:C:2011:151.

concluye el Tribunal que demandante no desempeña su trabajo en el aeropuerto de Manises sino en una aeronave propiedad de Ryanair y de nacionalidad irlandesa. A su juicio, resulta indiferente que salga de dicho aeropuerto y regrese al mismo a diario, puesto que su lugar habitual de trabajo es el avión y no el aeropuerto valenciano. Asimismo, declara que su decisión no contraviene la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2017, como había afirmado el demandante, porque aun siendo cierto que el concepto de ‘base’ constituye un indicio significativo para determinar el lugar de desempeño habitual del trabajo, dicho elemento no es sino un indicio más, que debe ser valorado con el conjunto de circunstancias concurrentes, a fin de delimitar dónde cumple el trabajador la parte principal de sus obligaciones frente al empresario. Y ante las circunstancias del presente caso, para el TSJ resulta meridianamente claro que este lugar de cumplimiento no es España sino una aeronave irlandesa.

76. A la vista de lo cual, y como colofón de este recorrido por la aplicación jurisprudencial española de las normas sobre competencia judicial en materia de contrato de trabajo, procede ahora examinar la línea interpretativa más novedosa, sustentada por el tan mencionado concepto de ‘base’, que en España y otros países se han planteado los tribunales como posible elemento determinante del lugar habitual de trabajo en el marco de la prestación de servicios para las compañías aéreas. La razón de la novedad de este planteamiento acaso radique en la diferente redacción que el Reglamento 1215/2012 dio al foro del lugar habitual de trabajo: mientras que el Reglamento 44/2001 lo definía como el lugar “*en el que*” el trabajador desempeñare normalmente su trabajo, su predecesor lo define como el lugar “*en el que o desde el cual*” se prestan dichos servicios, en la línea marcada por el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

77. En nuestra opinión, es justamente la expresión “desde el cual”, que también acoge ya el Reglamento Bruselas I bis, la que ha sugerido la posible utilización del concepto de base aeroportuaria para dar contenido a dicho inciso. Una duda que resulta de todo punto lógica, al ser la base de operaciones del avión el lugar desde el cual el trabajador de la aerolínea presta sus servicios y al que regresa una vez realizada su labor. Y aunque la sentencia que seguidamente analizamos tuvo como objeto la interpretación del precepto anterior, la equiparación conceptual que dio origen a la cuestión prejudicial parece haber ganado peso bajo la nueva redacción del foro del lugar de trabajo habitual.

3. El controvertido concepto de ‘base’: la STJUE de 14 de septiembre de 2017

78. Dirime en esta sentencia el TJUE dos asuntos acumulados, C-168/16 y C-169/16⁸⁰, que resuelven sendas cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano judicial belga, el Tribunal Laboral Superior de Mons (*Cour du Travail de Mons*), en el curso de dos litigios sustancialmente iguales, que suscitaron en el tribunal idéntica duda respecto a la competencia judicial internacional. El primero enfrentaba a varios trabajadores, de nacionalidades belga, portuguesa y española, con la compañía Crewlink Ireland Ltd., por quien habían sido contratados como personal de cabina para prestar servicios a disposición de Ryanair. En el segundo, la sociedad demandada era Ryanair Ltd., que había celebrado un contrato de trabajo con un nacional español para desarrollar funciones similares a los anteriores. A salvo de esta diferencia, los contratos presentaban notables similitudes, ubicando a todos los trabajadores en la base del aeropuerto de Charleroi y conteniendo las consabidas cláusulas de elección de la ley irlandesa y sumisión a sus tribunales. Los actores reclamaban diversas indemnizaciones a sus respectivos demandados ante la jurisdicción belga, y éstos opusieron idéntica alegación: la falta de competencia judicial de la jurisdicción belga para conocer de los litigios. En ambos casos, el Tribunal Laboral de Charleroi estimó dicha falta de competencia, siendo dichas decisiones recurridas ante el Tribunal Laboral Superior de Mons, que de cara a su resolución formuló la cuestión prejudicial ante el TJUE.

79. La cuestión jurídica giraba en torno al concepto de “*lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo*” recogido en el artículo 19.2.a) Reglamento 1215/2012. El tribunal belga

⁸⁰ Sala Segunda. Asuntos C-168/16 Y 169/16, *Nogueira*, cit.

preguntaba si dicha noción resultaba asimilable al concepto de “base” en el sentido del anexo III del ya mencionado Reglamento 3922/91, de 16 de diciembre, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil⁸¹. Como vimos, el concepto de “base” se define en la OPS (Operación de Vuelo) 1.1095 de su anexo III como el “*lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante*”.

80. Adelantando la conclusión del TJUE, se declara contrario a dicha asimilación por dos razones: falta de remisión específica del Reglamento 1215/2012 al Reglamento 3922/91 y falta de identidad en cuanto a la finalidad de ambas normas. Declara el Tribunal que además de que el Reglamento 1215/2012 no se remite a la definición legal de base objeto de la cuestión prejudicial, tampoco “*persigue los mismos objetivos*”, puesto que la finalidad del Reglamento 3922/91 es armonizar las normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil. Pero esta consideración no impide que tanto el Abogado General como el Tribunal subrayen la relevancia del concepto de base de cara a la determinación efectiva del lugar a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo.

81. En esencia, el razonamiento es el siguiente: según la jurisprudencia del TJUE, la concreción del ‘lugar de desempeño habitual del trabajo’ debe basarse en un método indiciario, pues éste refleja mejor la realidad de las relaciones jurídicas⁸² y evita que el concepto se utilice como mecanismo para eludir obligaciones legales⁸³. Con este sistema se busca atender fielmente a las elementos característicos de cada actividad laboral, que en el caso de las relaciones laborales en el sector del transporte requiere tener en cuenta datos como el lugar a partir del cual se desempeña el trabajo, el lugar a donde se regresa una vez finalizado éste, el lugar donde se reciben las instrucciones sobre las misiones y se organiza el trabajo, y el lugar donde se encuentran las herramientas de trabajo⁸⁴. En supuestos como el presente, a estos elementos debe añadirse además el lugar donde estén estacionados los aviones a bordo de los cuales se desempeña habitualmente el trabajo. En este elenco de indicios, el concepto de ‘base’ analizado constituye tan solo una circunstancia más a valorar en la búsqueda del lugar real de prestación de los servicios, que en modo alguno puede ser directa y automáticamente equiparado a dicho lugar⁸⁵.

82. La premisa de la que parte el TJUE para negar esta equiparación resulta incuestionable desde el punto de vista jurídico: la sustancial diferencia de objetivos entre el Reglamento 3922/91 y el Reglamento Bruselas I bis. Sin embargo, sus argumentos en torno al método indiciario acaban siendo algo confusos: en un principio otorga al concepto de ‘base’ un papel significativo en la identificación de los indicios, mencionados; seguidamente, declara que la importancia de esta noción para identificar el lugar de desempeño habitual del trabajo sólo desaparece si en el caso concreto se aprecian elementos fácticos que evidencien unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto de esa ‘base’; pero no termina de cerrar su razonamiento en los supuestos enjuiciados, puesto que no identifica cuáles son, *in casu*, las circunstancias que acreditan una vinculación más estrecha de los trabajadores con un lugar distinto al de su base⁸⁶.

⁸¹ DO L núm. 373, de 31 de diciembre de 1991.

⁸² Sentencia de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *Koelzsch*, cit., apartado 48.

⁸³ Sentencia de 27 de octubre de 2016, asunto C-290/15, *Patrice D’Oultremont y otros c. Région wallonne*, apartado 48 y jurisprudencia citada (EU:C:2016:816).

⁸⁴ Sentencias de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *Koelzsch*, cit., apartado 49; y de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, *Jan Voogsgeerd c. Navimer SA*, apartados 38 a 41 (EU:C:2011:842).

⁸⁵ Una detallada exposición y análisis de los índices habitualmente empleados por la jurisprudencia europea a estos efectos puede verse en J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 488-496.

⁸⁶ Al respecto, afirma L. CARRILLO POZO que la aportación de esta decisión del TJUE es “*esencialmente delimitadora en negativo*”, lamentando que el Tribunal haya dejado pasar la oportunidad, mediante la reformulación de la cuestión prejudicial, de “*ofrecer una respuesta completa al problema de dónde pueden demandar los trabajadores del sector aeronáutico cuyo trabajo se desarrolla a bordo de un avión*” (cfr. “Competencia judicial internacional...”, cit.).

83. Con independencia de la valoración que merezca este pronunciamiento, resulta claro que deja en manos de los tribunales laborales de los Estados miembros la concreción, caso por caso, del lugar de prestación habitual de los servicios en el trabajo aeronáutico. Una consecuencia que debe ser censurada, tanto por la excesiva inseguridad jurídica que genera como por la evidente contradicción con el principio de previsibilidad de soluciones que, desde el inicio, preside la normativa comunitaria sobre competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo⁸⁷. Desde esta perspectiva, hubiera sido preferible un pronunciamiento más contundente, en uno u otro sentido. En lo que a la posición española se refiere, esta decisión no despeja la ya vista disparidad de interpretaciones respecto a la competencia judicial internacional de nuestros tribunales en los litigios planteados por trabajadores que operan desde aeropuertos ubicados en nuestro país.

84. A nuestro juicio, resulta preferible la interpretación propuesta en este asunto por el Abogado General⁸⁸, tanto por la certeza jurídica que ofrece como por la lógica fáctica de sus razonamientos. Su argumentación parte de un hecho incuestionable: la imposibilidad de identificar un “lugar en el cual” los trabajadores de la aerolínea realizan la parte principal de sus obligaciones frente a los empresarios, dada la multiplicidad de tareas que llevan a cabo, en el aeropuerto de salida, a bordo del avión y en el aeropuerto de llegada. Sentado lo cual, sí considera factible la determinación de un “lugar a partir del cual” tales trabajadores cumplen sus principales obligaciones, y ello, sobre los hechos declarados probados por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial.

85. En apoyo de esta interpretación, alude el Abogado General a los trabajos preparatorios del Reglamento Roma I, que ya indicaban que la inclusión de la expresión “el país a partir del cual” en su artículo 8.2 estaba específicamente -aunque no exclusivamente- dirigida al personal que trabaja a bordo de las aeronaves. Aun admitiendo la facultad de apreciación judicial de las circunstancias fácticas pertinentes para identificar este lugar, tanto la citada expresión, recogida ya en los dos textos comunitarios, como su intencionalidad deberían poseer más peso específico en dicha apreciación. En nuestra opinión, la regla general debería identificar en estos casos el aeropuerto de base con el lugar a partir del cual se realiza habitualmente el trabajo, en una suerte de presunción *iuris tantum* que admitiera ser destruida, pero únicamente por elementos que evidenciaran una vinculación notablemente superior con otro Estado, como podría ser la nacionalidad o domicilio coincidente de las partes en un mismo país, “y más claramente aun cuando además contratan en él”⁸⁹.

IV. La cuestión de la ley aplicable

86. Como se ha venido mencionando, los contratos suscritos entre los trabajadores y Ryanair -directamente o a través sus agencias de empleo-, incluyen sistemáticamente una cláusula de elección de ley que somete la relación laboral al ordenamiento irlandés. En este conflicto, la principal reivindicación de dichos trabajadores ha sido la aplicación de las condiciones laborales del país que consideran su lugar de trabajo: aquel donde se sitúa su aeropuerto de base. Ello plantea la cuestión de la ley rectora del contrato laboral, sometida a las reglas de determinación contenidas en el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁹⁰. Conocido como “Roma I” por ser su antecedente

⁸⁷ STUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia*, cit. (apartados 44 y 46). Como señala M.C. VAQUERO, lo único que deja meridianamente claro la STJUE de 14 de septiembre de 2017 es la confirmación del carácter residual del lugar donde esté situado el establecimiento del empleador y la negación de toda virtualidad jurídica a la nacionalidad de las aeronaves (“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 Ryanair Designated Activity Company), *La Ley. Unión Europea*, 2017, núm. 54, p. 6).

⁸⁸ Conclusiones (91 a 95) del Abogado General SR. Henrik Saugmandsgaard ØE, presentadas el 27 de abril de 2017, asuntos acumulados C168/16 y C169/16, ECLI:EU:C:2017:312.

⁸⁹ J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar habitual de trabajo...”, cit., p. 483.

⁹⁰ DOUE L núm. 177, de 4 de julio de 2008.

el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, que durante casi treinta años determinó la *lex contractus* en los ordenamientos de los Estados miembros⁹¹, este Reglamento obliga y se aplica a todos los Estados miembros excepto Dinamarca, donde continúa siendo aplicable el anterior Convenio⁹². En los restantes Estados miembros, la ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determinará conforme al mecanismo del Reglamento Roma I, siendo indiferentes factores como la nacionalidad o el domicilio de las partes, dado su carácter universal o *erga omnes*.

87. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, en el conflicto entre Ryanair y sus trabajadores, la cuestión de la ley rectora de la prestación laboral resulta aparentemente menos controvertida que el problema de la competencia judicial internacional, toda vez que la regulación vigente deja menos espacios de interpretación y discusión que la normativa vista anteriormente. No obstante, en realidad la ley aplicable a los contratos laborales constituye el eje central del problema, puesto que la pretensión última de los trabajadores es su equiparación a las condiciones laborales nacionales, objetivo que tratan de alcanzar litigando ante los tribunales de los mismos Estados, lo que convierte la competencia judicial en un mecanismo instrumental al servicio de tal fin.

1. La determinación de la *lex contractus* en la relación individual de trabajo

88. El Reglamento Roma I somete la designación de la ley rectora del contrato individual de trabajo al régimen del artículo 8, que introduce algunas peculiaridades respecto al régimen general del artículo 3, con la intención de proteger al trabajador, considerado parte débil de la relación contractual. A este objetivo responden los distintos puntos de conexión y limitaciones a la elección de ley contenidos en esta norma de conflicto. La regla general es que el contrato de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes (art. 8.1), manteniéndose así la autonomía de la voluntad como criterio prioritario de designación de la *lex contractus*, tal y como ocurre en el régimen contractual general.

89. Sin embargo, el mismo apartado establece una limitación a dicha elección de ley, al exigir que ésta no prive al trabajador de la protección que le otorguen las normas imperativas del ordenamiento que hubiera sido objetivamente aplicable, es decir, de no haber designado las partes la ley rectora del contrato. En consecuencia, la ley rectora del contrato podrá determinarse mediante el principio de libertad de elección, pero únicamente en el caso de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección.

90. En caso de no existir elección de ley, el artículo 8.2 determina que el contrato de trabajo 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. El mismo apartado puntualiza que no se considera que existe un cambio en el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. Tal es el caso de los trabajadores temporalmente desplazados, cuyo régimen jurídico se somete a la normativa *ad hoc* contenida en la Directiva 96/71/CE, dirigida a regular la situación laboral de los trabajadores desplazados dentro del territorio comunitario en el marco de una prestación de servicios⁹³. Ésta no es una práctica inusual en el sector aeronáutico, donde con cierta habitualidad se producen ‘préstamos’ o cesiones de pilotos entre compañías, lo que implica un desplazamiento de su lugar de prestación de servicios⁹⁴.

⁹¹ El Convenio entró en vigor el 1 de abril de 1991, tras la ratificación de siete de los Estados parte del mismo, y en España, el 1 de septiembre de 1993 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993).

⁹² A los efectos que tratamos, interesa destacar que Irlanda sí declaró desde el principio su intención de participar en la adopción y aplicación del Reglamento, entrando en vigor en dicho Estado cuando lo hizo con carácter general (artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. *Vid.* el Considerando 44 del Reglamento nº 593/2008, de 17 de junio)

⁹³ DO L núm. 18, de 21 de enero de 1997. Trasposición española en la Ley 49/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999).

⁹⁴ Como ejemplo reciente de esta práctica cabe citar el acuerdo firmado en julio de 2018 entre Iberia y la aerolínea china de bajo coste Spring Airlines, que faculta a los comandantes y pilotos de Iberia que lo soliciten volar temporalmente para la

91. Por su parte, el apartado 3 del mismo precepto contempla la eventualidad de que no sea posible determinar un lugar de prestación habitual del trabajo, en cuyo caso establece que la ley rectora del contrato será la del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Finalmente, el apartado 4 y último recoge una cláusula de excepción que permite modificar la ley designada *ex* apartados 2 ó 3: cuando las circunstancias del contrato evidencien que éste presenta una vinculación más estrecha con otro Estado –diferente al del lugar de trabajo habitual o de situación del establecimiento contratante-, será el ordenamiento de dicho país el que rija el contrato.

92. Con este sistema de determinación de la *lex contractus*, el artículo 8 pretende principalmente proteger a la parte débil de la relación, el trabajador, conciliando al mismo tiempo los intereses presentes en la misma. Así, el precepto consagra un sistema de autonomía *in favorem* basado en una conexión de proximidad⁹⁵, donde la elección por las partes de la ley rectora de la relación laboral queda condicionada a que no ofrezca al trabajador una menor protección que el ordenamiento objetivamente aplicable. Y ello porque en el ámbito del contrato de trabajo no existe una verdadera paridad en las condiciones de contratación, dada la desigualdad fáctica de las partes que a ella concurren⁹⁶.

93. Este procedimiento de designación de la ley rectora del contrato individual de trabajo se completa en el Reglamento Roma I con el mecanismo previsto en su artículo 9, que permite dar entrada a la aplicación de las llamadas ‘leyes de policía’. Según este precepto, una ley de policía es “*una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*”. Sobre esta definición, el artículo 9 establece la una doble vía de entrada a dichas disposiciones imperativas: una imperativa y la otra, facultativa.

94. La primera se refiere a las leyes de policía del foro (art. 9.2), esto es, del tribunal que esté conociendo del litigio. Dicho órgano jurisdiccional dará entrada obligatoriamente a las disposiciones laborales imperativas vigentes en su ordenamiento, sea cual sea la ley rectora del contrato individual de trabajo. De aquí resulta fácil deducir que la cuestión del tribunal competente para conocer de los litigios laborales adquiere una relevancia añadida, al afectar directamente a la cuestión de la normativa aplicable a la relación individual de trabajo. Por su parte, la segunda vía faculta la entrada de las leyes de policía del país donde deban ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato, dejándose su aplicación a la valoración judicial⁹⁷, que deberá tener en cuenta “*su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación*” (art. 9.3).

95. La finalidad de este mecanismo resulta evidente: garantizar la aplicación al contrato de trabajo de un *standard* mínimo de protección, configurado por un ‘núcleo duro’ de normas de protección mínima, que no pueden ser eludidas por la aplicación al contrato de un ordenamiento distinto, ya sea el elegido por las partes o bien el designado objetivamente por la norma de conflicto reglamentaria⁹⁸. Ello

aerolínea asiática con sede en Shanghai (“Iberia acuerda con la aerolínea china Spring Airlines ceder algunos de sus pilotos”, *AeroTendencias.com*, 17 de julio de 2018).

⁹⁵ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Revue critique de droit international privé*, t. 80, n° 2, avt.-juin 1991, pág. 318.

⁹⁶ Pese a su veteranía, al respecto resulta interesante el trabajo de E. ZABALO ESCUDERO, *El contrato de trabajo en el Derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1983, donde la autora refleja la polémica doctrinal en torno al criterio de la autonomía individual como punto de conexión de la norma de conflicto, polémica donde se llega a cuestionar la validez de dicho criterio, negándola con base a la excesiva desprotección en que deja al trabajador (pp. 77 y ss.).

⁹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* L.F. CARRILLO POZO, “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”, *Bitácora Millennium DIPr*, Revista n° 5, 2017.

⁹⁸ Esta finalidad tuitiva no obsta para que el mecanismo haya sido objeto de críticas –en sede del Convenio de Roma de 1980, pero perfectamente extrapolables al régimen actual-, por generar una fuerte indeterminación del Derecho aplicable al contrato, dado el amplio margen de apreciación del juez respecto a la aplicación –y en tal caso, extensión- de la normas de terceros Estados (A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de importación y exportación de bienes culturales”, en *Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, M. Vargas Gómez-Urrutia y A. Salinas de Frías (coords.), Vol.

plantea la espinosa cuestión de delimitar dicho núcleo duro de normas tuitivas, algo que los legisladores estatales a menudo no indican expresamente, lo que obliga a realizar un proceso de deducción a partir del contexto, contenido y finalidad de la norma.

96. En este sentido, como criterio de delimitación puede ser útil acudir a la mencionada Directiva 96/71/CE, que determina la ley aplicable en los supuestos de trabajadores temporalmente desplazados. Su artículo 3 establece un catálogo comunitario de normas mínimas, que tienen la consideración de disposiciones imperativas a efectos de la *lex contractus*⁹⁹. Y pese a lo restringido de su ámbito de aplicación -la prestación laboral realizada con ocasión del desplazamiento temporal del trabajador-, a los efectos que tratamos resulta ilustrativo examinar los ámbitos afectados por esta imperatividad. Conforme al precepto, estos ámbitos son concretamente: “a) los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias (...); d) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; y g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación”.

97. Este catálogo debe completarse con los aspectos relativos a la seguridad social, lo que exige acudir al Reglamento 883/2004, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social¹⁰⁰. Aunque no sustituye a los sistemas nacionales por un sistema único europeo, fija unas normas comunes para proteger los derechos a prestaciones de seguridad social en el marco de la Unión Europea, así como en Islandia Liechtenstein, Noruega y Suiza. Como principios básicos, el Reglamento establece que sus beneficiarios están cubiertos por la legislación de un solo país, aquél donde satisfacen sus primas (principio de legislación aplicable única); poseen los mismos derechos que los nacionales del país donde están cubiertos (principio de igualdad de trato o no discriminación); se les garantiza el cómputo de anteriores períodos de seguro, trabajo o residencia en otros países a efectos del cálculo de sus pensiones (principio de la totalización de los períodos); y si tienen derecho a una prestación en metálico en un país, pueden percibir esta prestación aunque no vivan en dicho país (principio de la exportabilidad de las prestaciones).

98. A este elenco de aspectos hay que añadir los convenios colectivos, que son susceptibles de ser consideradas normas internacionalmente imperativas¹⁰¹, al tiempo que en el ordenamiento español, resultan indisponibles para los trabajadores (art. 3.5 ET). Ello afecta a la normativa sobre instituciones de representación de personal, que en el caso de España abarca tanto la representación sindical como la legal o unitaria. Pese a contar ambas con sustento constitucional (arts. 28.1 y 129.2 CE), el reconocimiento de las instituciones de representación de los trabajadores y su labor en defensa de sus intereses no se ha producido aún en nuestro país por parte de Ryanair, si bien sus gestos más recientes en este sentido parecen apuntar hacia una paulatina admisión generalizada del papel representativo y negociador de las asociaciones sindicales en todo el territorio europeo.

99. Desde la perspectiva de la ley aplicable al contrato de trabajo, este elenco de aspectos de la relación laboral debe quedar sometido a las normas mínimas de protección vigentes en cada Estado, con independencia de cuál sea la *lex contractus*. Sin embargo, en el caso Ryanair, surge una considerable dificultad aplicativa, puesto que su efectiva aplicación depende de dos circunstancias: el tribunal que

1, 2005, p. 284. Una incertidumbre considerada por algunos Estados incompatible con los estándares mínimos de seguridad y previsibilidad jurídicas, siendo el caso de Alemania, Luxemburgo, Irlanda, Portugal y el Reino Unido, que hicieron uso de la reserva prevista en el Convenio para no aplicar este mecanismo.

⁹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - La aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros (COM/2003/0458 final).

¹⁰⁰ DOUE L núm. 166, de 30 de abril de 2004.

¹⁰¹ P. FRANCESCAKIS, “Y-a-t-il du nouveau en matière d’ordre public?”, *Travaux du Comité français de droit international privé 1966-1969*, París, 1970, p. 149.

conoce del asunto (art. 9.2) y el lugar de prestación de los servicios (arts. 8.2 y 9.3). Dos cuestiones que, como ya hemos visto, no resultan en absoluto pacíficas y exentas de dudas. Veamos ahora cómo se articula, en la práctica, el sistema de designación de la *lex contractus* establecido por el Reglamento Roma I respecto a los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios para la aerolínea irlandesa.

2. La ley rectora de los contratos laborales en el caso Ryanair

100. Es notorio que la principal reivindicación de los trabajadores de Ryanair afecta al ordenamiento aplicable a sus condiciones laborales. En el caso de España, hasta el punto de haber condicionado la desconvocatoria de la huelga de tripulantes de cabina realizada en julio de 2018 a que la compañía se sometiera a la legislación laboral española¹⁰². Esta reclamación ha sido una constante en los conflictos entre Ryanair y sus trabajadores, tripulantes de cabina y pilotos, acaecidos en Europa a lo largo del año: la aspiración colectiva de regirse por la legislación laboral en el país donde operan.

101. Inicialmente, sólo las tripulaciones inglesas tenían contratos locales -sometidos al ordenamiento de su base de trabajo-, incluyéndose en los demás países la acostumbrada cláusula de elección de ley que designaba la aplicación “*en todo momento de las leyes en vigor y las enmiendas que puedan sufrir con el correr del tiempo del a República de Irlanda*”¹⁰³. En los últimos tiempos, esta reclamación ha sido acogida en algunos Estados por instancias judiciales y gubernamentales, que exigieron a Ryanair la aplicación de sus legislaciones locales, lo que llevó a la aerolínea a cerrar algunas de sus bases situadas en Francia¹⁰⁴, Dinamarca¹⁰⁵ y Noruega¹⁰⁶.

102. En España, los sindicatos han denunciado que el sometimiento a la legislación irlandesa supone una rebaja en los derechos laborales de los trabajadores, que no están sujetos al Estatuto de los Trabajadores ni a la Ley Orgánica de Libertad Sindical¹⁰⁷. En el caso de los trabajadores contratados a través de las empresas mediadoras, tampoco se les aplica la normativa española específica que exige la equiparación laboral de los trabajadores temporales y fijos, y otorga a los primeros el derecho a disfrutar de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria¹⁰⁸. La legislación española considera condiciones esenciales las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos¹⁰⁹. La regulación irlandesa de estos aspectos laborales ha sido reiteradamente denunciada por los trabajadores de Ryanair en España, alegando que disfrutaban de menos días de vacaciones, carecen de ciertos derechos como permisos y bajas laborales, son remunerados únicamente en función de las horas efectivas de vuelo, etc.

103. Además de la rebaja de las condiciones laborales, el sometimiento de los contratos al ordenamiento irlandés tiene consecuencias prácticas de otra índole. La obligación de cotizar a la Seguridad Social irlandesa supone que los trabajadores no tienen derecho a desempleo ni a una prestación por jubilación en España. Tampoco pueden acceder al régimen general de la sanidad pública, y en caso de que se vean obligados a acudir a ella, son tratados como desplazados y no se les asigna médico de cabecera.

¹⁰² “Sindicatos piden que Ryanair se someta a la ley española para evitar la huelga”, *Diario 20 minutos*, 18 de julio de 2018.

¹⁰³ STS de 30 de diciembre de 2013, antecedente de hecho segundo.

¹⁰⁴ En 2011 Ryanair cierra su base en Marsella tras ser demandada por someter a sus trabajadores a la legislación irlandesa (“Ryanair ajusta su política laboral a golpe de sentencia”, *Diario El Mundo*, 22 de septiembre de 2018; “Ryanair anuncia que podría abrir nuevas bases en Francia”, *www.europapress.es*, 20 de septiembre de 2018).

¹⁰⁵ “Ryanair reta el modelo danés”, *Actualidad internacional sociolaboral*, nº 188, marzo 2015, pp. 123-127.

¹⁰⁶ “Ryanair. The world’s leading low-cost airline”, *MarketLine Case Study*, March 2012.

¹⁰⁷ Como ejemplos, se cita el hecho de que las bajas de paternidad no están remuneradas y las de maternidad son más cortas, amén de que el derecho a la huelga se encuentra muy limitado, al estar sujeto a condiciones y a la anulación judicial (“Ryanair y sus políticas, posible causa de paralización en verano”, *bucketbook Blog*, 26 de mayo de 2018).

¹⁰⁸ Artículos 6.2 y 11.1 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994).

¹⁰⁹ Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio por el que se desarrolla el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1998).

Al no residir en Irlanda, estos trabajadores tampoco tienen derecho a sanidad en dicho Estado, lo que a menudo les lleva a contratar seguros sanitarios privados para paliar esta disfunción. Asimismo, el hecho de tener la nómina domiciliada en cuentas corrientes irlandesas genera otros inconvenientes, como la dificultad para acceder en España a productos financieros, como las hipotecas, o la de utilizar su nómina como aval en algún procedimiento administrativo.

104. Y todo ello, derivado de su sometimiento al ordenamiento irlandés a través de las cláusulas de elección de ley incluidas sistemáticamente en los contratos de trabajo. Ante todo, hay que señalar que dichas cláusulas son admisibles a la luz del artículo 8.1 del Reglamento Roma I, por lo que *a priori* no cabe considerarla nula como ocurre, por el contrario, con la cláusula de sumisión a los tribunales irlandeses, *ex* artículo 23 del Reglamento Bruselas I bis. Pero la clave de su eficacia radica, pues, en la efectiva observancia por dicha estipulación del límite recogido en el mismo artículo 8.1: que la elección de ley no prive al trabajador de la protección otorgada por el ordenamiento que hubiera sido objetivamente aplicable de no mediar dicha elección.

105. Es justamente en este aspecto donde radica la principal dificultad cognitiva, puesto que el precepto utiliza un sistema de determinación de la ley aplicable que resulta arduo aplicar a los trabajadores de Ryanair, a la vista de la polémica en cuanto a su lugar habitual de trabajo, descrita ya en sede de competencia judicial internacional. En efecto, el artículo 8.1 del Reglamento no permite que mediante la elección de la *lex contractus* se eludan la aplicación de las disposiciones tuitivas de la legislación aplicable conforme a sus apartados 2, 3 y 4. El apartado 2 designa la aplicación de la ley del país de realización habitual del trabajo, una cuestión que como hemos visto, resulta altamente polémica e incierta en el caso de los trabajadores al servicio de Ryanair.

106. Por su parte, y en defecto de lugar de prestación habitual, el apartado 3 determina la aplicación de la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Ninguna de las empresas mediadoras que realizan la contratación de los trabajadores para Ryanair posee oficinas en España, como ha sido declarado probado judicialmente¹¹⁰. Por lo tanto, este criterio llevaría de nuevo a la aplicación del ordenamiento irlandés, al radicar en Dublín las oficinas de dichas empresas.

107. A la vista de lo cual, la aplicación de la ley española a los contratos suscritos por los trabajadores de Ryanair quedaría sujeta a la eventual activación de la cláusula de escape prevista en el apartado 4 del mismo precepto: que el contrato presente una vinculación más estrecha con un ordenamiento distinto a los anteriores. Esta valoración corresponde al tribunal que conozca del litigio, que deberá tener en cuenta todos los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos a su juicio más significativos, como declaró la STJUE de 12 de septiembre de 2013¹¹¹.

108. Aunque dictada sobre la base del Convenio de Roma, esta decisión resulta igualmente aplicable al caso, toda vez que su regulación de la ley rectora del contrato de trabajo (art. 6) es similar a la contenida en el actual artículo 8 Reglamento Roma I, aunque con el significativo matiz que veremos más adelante. Sobre dicho precepto, el TJUE sostuvo que el criterio del país de realización habitual del trabajo debía interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país donde radique el establecimiento que haya contratado al trabajador debe ser aplicado de forma restrictiva, “únicamente cuando el juez que conoce del asunto no puede determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo”¹¹². Esta interpretación convierte al criterio del lugar de trabajo habitual en prioritario y excluyente del lugar de la ubicación del establecimiento que haya empleado al trabajador¹¹³. Una tendencia que se ha mantenido

¹¹⁰ *Vid.* STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012

¹¹¹ Asunto C-64/12, Schlecker, *cit.*, apartados 40 y 41.

¹¹² Apartado 31, citando en su apoyo las STJUE de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, *Koelzsch*, *cit.*, apartado 43; y de 15 de diciembre de 2011, Asunto C-384/2010, *Voogsgeerd*, *cit.*, apartado 35.

¹¹³ *Ibidem*, apartado 43 y apartados 32, 35 y 39, respectivamente.

hasta la actualidad, como evidencia la STJUE de 14 de septiembre de 2017, donde el órgano comunitario avanza en su progresivo “*achatarramiento del foro del establecimiento contratante*”¹¹⁴.

109. Se empeña así el Tribunal en buscar un lugar de trabajo habitual en los supuestos donde no puede afirmarse que exista claramente, por desarrollar el trabajador labores en distintos Estados, a fin de evitar la aplicación del punto de conexión subsidiario previsto por la norma. A tal fin, entre los elementos más aptos para revelar una conexión sustancial del contrato con un concreto Estado, el Tribunal destaca: lugar de pago de impuestos y tributos que gravan las rentas del trabajador, país de afiliación a la Seguridad Social y regímenes de jubilación, seguro por enfermedad e invalidez, y moneda de pago del salario.

110. En el caso de los trabajadores al servicio de Ryanair, dichos elementos apuntan unánimemente a Irlanda, lo que de nuevo dificulta la vía jurídica para acceder a las pretensiones de los trabajadores de acogerse a un ordenamiento distinto. Lo cual no impide considerar la eventualidad de que el órgano jurisdiccional *ad hoc* realice una valoración diferente, especialmente a la luz del actual artículo 8 Reglamento Roma I, que introduce respecto a su predecesor el matiz diferenciador antes mencionado, estableciendo, en defecto de designación por la partes, la aplicación de ley del país en el cual “*o en su defecto, a partir del cual*” el trabajador, en ejecución de su contrato, realice habitualmente su trabajo. A la luz de esta previsión, sí es posible identificar un lugar de partida de la prestación laboral, lo que permite tomar en consideración el lugar de inicio y finalización de la jornada de trabajo frente a los anteriores elementos, como ya se ha hecho en el ámbito de la competencia judicial internacional. Pero de nuevo ésta constituye una posibilidad incierta, que nos devuelve al círculo vicioso de las divergentes valoraciones judiciales de los elementos de la relación laboral entre Ryanair y sus trabajadores.

111. Finalmente, el Reglamento Roma I abre la posibilidad ya mencionada de aplicar una ley distinta a la pactada a través del mecanismo del artículo 9, que da entrada a las llamadas ‘leyes de policía’, tanto del foro como del país de ejecución de las obligaciones laborales. Pero ambas opciones resultan *a priori* inciertas, y ambas por el mismo motivo: la determinación del tribunal competente (*lex fori*) se supedita a la designación del lugar de ejecución de las obligaciones laborales (*lex loci laboris*), y es justamente esta cuestión la que tiene dividida a la jurisprudencia española, y no permite afirmar con rotundidad que tal lugar sea España indubitadamente. No obstante lo cual, las decisiones españolas que, tras afirmar su competencia judicial internacional, han entrado a valorar el fondo del asunto lo han hecho indubitada y uniformemente sobre la base del ordenamiento español, en lo que, como veremos seguidamente, parece ser una utilización del mecanismo previsto por el artículo 9.2 Reglamento Roma I.

3. La tuitiva (y legeforista) interpretación de los tribunales españoles

112. Frente a la disparidad interpretativa existente en el ámbito de la competencia judicial internacional, en materia de ley aplicable nuestros tribunales se muestran unánimes al aplicar la ley española a las reclamaciones de los trabajadores de Ryanair. Esta posición resulta muy reveladora, pues aun cuando a veces no queda claro el fundamento jurídico de tal designación de la *lex contractus* y el régimen conflictual descrito no permita dilucidarlo claramente, los órganos judiciales españoles no vacilan en desechar la eficacia de la cláusula de sumisión al ordenamiento irlandés, con la convicción de que una mayor protección de los trabajadores se obtiene bajo la aplicación de nuestro ordenamiento laboral.

113. Hay que puntualizar que son muy escasas las decisiones judiciales en este sentido, a la vista de la ya expuesta tendencia judicial española de negar su competencia judicial internacional en estos litigios y en consecuencia, no entrar en el fondo del asunto. Pero las decisiones que sí lo hacen son coincidentes en un doble aspecto: la aplicación del ordenamiento español y falta de justificación expresa de dicha modificación de la *lex contractus*, que nos vemos obligados a tratar de deducir a la luz del sistema

¹¹⁴ L.F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional...”, cit.

conflictual anteriormente descrito. Se exponen a continuación dichas resoluciones, siguiendo un orden cronológico inverso, que va de la más reciente a la más antigua.

114. Conforme a él, encontramos en primer lugar la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 Santa Cruz de Tenerife, de 7 de septiembre de 2018¹¹⁵, siendo el objeto principal del litigio la determinación de la auténtica naturaleza del vínculo existente entre Ryanair y el actor, que a través de la sociedad Franylee Ltd., creada al efecto, había suscrito un con la empresa Brookfield Aviation International Ltd. un contrato para prestar servicios de piloto en una aeronave propiedad de Ryanair. Como vimos, la sentencia desecha el criterio del *nomen iuris* del contrato y declara la existencia de una relación laboral entre Ryanair y el trabajador, así como una cesión ilegal del actor por la empresa Brookfield a favor de Ryanair, sobre la base de los argumentos ya enunciados. Pero con independencia de esta decisión de fondo, a los efectos que ahora tratamos interesa subrayar la absoluta falta de justificación por parte de la juzgadora de su empleo exclusivo -y excluyente de la ley irlandesa- del ordenamiento y jurisprudencia españoles para fundamentar la sentencia.

115. Como hacía también con el Reglamento 1215/2012 respecto a la cuestión de la competencia judicial internacional, la resolución omite toda mención al Reglamento 593/2008 en la determinación de la ley aplicable al asunto. Y aunque en el primer aspecto sí toma en consideración la normativa comunitaria -aunque equivocada- en materia de competencia judicial internacional, en el ámbito de la ley aplicable resuelve directamente la cuestión de fondo mediante la aplicación directa, no justificada, del ordenamiento laboral español, como si de un supuesto meramente interno se tratara. A la vista de este silencio, sólo cabe elucubrar sobre el mecanismo conflictual que permite llegar a tal resultado, y dado el objeto de análisis, la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores, es lógico deducir que dicho mecanismo sea el artículo 9 Reglamento Roma I, dando entrada a la normativa española en la materia en concepto de leyes del policía.

116. En este caso, resulta indiferente la distinción que dicho precepto hace entre las leyes del foro y las del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales, ya que considerando la sentencia que es Tenerife el lugar de prestación de los servicios, ambas opciones reglamentarias conducen al mismo resultado: la aplicación del ordenamiento laboral español en la materia. En todo caso, al no ser esto más que una especulación, persiste la duda de cuál hubiera sido la legislación aplicada en el caso de que el objeto del litigio no hubiera versado sobre una cuestión tan sujeta al derecho imperativo como la cesión ilegal de trabajadores, duda que no hace sino aumentar la incertidumbre jurídica que planea constantemente sobre estos contratos de trabajo.

117. Sin embargo, la siguiente decisión que encontramos cronológicamente, aun cuando asienta de forma más explícita la base jurídica de la aplicación del ordenamiento laboral español, parece introducir otro elemento determinante en dicha elección, cual es la falta de prueba por parte de la demandada del “*cuero legal irlandés aplicable*” a las cuestiones debatidas. Se trata de la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2015¹¹⁶, que ratificó el despido improcedente declarado en instancia de un trabajador extranjero contratado como tripulante de cabina de pasajeros por Crewlink Ireland Ltd. y Ryanair, sucesivamente. Declarada la competencia judicial internacional sobre los argumentos ya vistos, la sentencia abordó también la determinación de la ley aplicable al fondo, que la demandada sostenía que debía ser la irlandesa, por haberse sometido a ella las partes expresamente.

119. Tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ en suplicación rechazaron esta alegación, declarando la aplicabilidad del ordenamiento español “*en base al principio de territorialidad de la contratación y de los servicios prestados por el trabajador en España, que ejerce vis atractiva de dicha normativa respecto a la irlandesa conforme a lo dispuesto en el artículo 1 ET, el artículo 11 del Código Civil y el artículo 8 del Reglamento Roma I*”. Respecto a la primera referencia jurídica, el razonamiento

¹¹⁵ Vid. página 4.

¹¹⁶ Vid. página 12.

to resulta tautológico, por justificar la aplicación de la ley española sobre la propia normativa laboral española que afirma su aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (art. 1.1 ET). Que la legislación laboral resulta de aplicación a la prestación laboral resulta tan evidente como incuestionado, pero el debate se centraba justamente en la determinación de qué normativa laboral debía regir el asunto, la irlandesa o la española. Menos obvia y bastante más oscura resulta la segunda referencia, pues el artículo 11 del Código civil es una norma de conflicto estatal para determinar la ley rectora de la forma de los contratos y demás actos jurídicos, un aspecto que en absoluto resulta controvertido aquí, y que de serlo, debería ser resuelto conforme al Reglamento Roma I (art. 11), que desplaza completamente -también en los aspectos formales- la normativa autónoma española en materia de ley aplicable a los contratos.

120. Queda, pues, por examinar la tercera base de la argumentación, esta vez sí centrada en el citado Reglamento, y sobre el juego de las previsiones de los apartados 1 y 2 de su artículo 8 justifica el Tribunal su opción por la ley española. Sentada la sumisión contractual al ordenamiento irlandés, rechaza su aplicación al caso por considerar la normativa española “*imperativa y de derecho necesario*”, lo que impide su exclusión mediante la elección previa del derecho irlandés. El razonamiento se sustenta sobre la disposición del artículo 8 del Reglamento que impide la exclusión mediante la elección de ley de la normativa que, siendo objetivamente aplicable, ofrezca una mayor protección al trabajador. Para el Tribunal resulta indubitado que el lugar de prestación habitual de los servicios es España, por estar el trabajador adscrito a la base del aeropuerto de Gerona, y al mismo tiempo rechaza toda posibilidad de aplicar una ley diferente a la española mediante la aplicación de la cláusula de escape del artículo 8.4, porque del conjunto de circunstancias enjuiciadas no cabe deducir que el contrato presente vínculos más estrechos con Irlanda.

121. Encontrado así el cauce jurídico, el TSJ opta por la aplicación del ordenamiento laboral, “*por ser la norma más favorable en materia de extinción contractual*”, dando entrada al mecanismo previsto en el artículo 8.2 del Reglamento Roma I. Sin embargo, de su argumentación se desprende otro elemento, no desdeñable, que contribuye a inclinar su preferencia por la legislación laboral española: la falta de acreditación por la recurrente, “*incumpliendo la carga probatoria (...) sobre cuál sería el cuerpo legal irlandés aplicable*”. En el ordenamiento español, el régimen jurídico de la acreditación del Derecho extranjero se encuentra recogido en 281.2 LEC, que consagra la prueba obligatoria y atribuye su carga a la parte que lo alega. Este precepto constituye el régimen general aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, dado el carácter supletorio de la Ley procesal civil (art. 4 LEC). Pese a su carácter general, se trata de una norma que presenta considerables omisiones, entre ellas, las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero por las partes¹¹⁷.

122. Ante esta laguna legal, varias han sido las tesis desarrolladas en España destinadas a colmarla¹¹⁸, y entre ellas, a los efectos que ahora tratamos interesa mencionar la postura de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, partidaria de desestimar la pretensión de la parte que no satisface su obligación procesal de acreditar el Derecho extranjero aplicable, frente a la posición adoptada por la Sala

¹¹⁷ Como señalan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “*es mucho más lo que el art. 281.2 LEC calla sobre la prueba del Derecho extranjero, que lo que dice*” (“Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero”, en *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pág. 266). Además del aspecto citado, el precepto guarda silencio también sobre cuestiones tan relevantes como el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero, los medios de prueba o acreditación a utilizar por las partes, o los sujetos que deben o pueden probar el Derecho extranjero. Parte de esta laguna legal ha sido solventada por el artículo 33.3 Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que dispone la aplicación supletoria del derecho español en caso de imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, acogiendo con ello la tesis defendida con carácter general por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

¹¹⁸ Sobre esta cuestión, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, julio-diciembre 2006, pp. 61-109; L.F. CARRILLO POZO, “El Derecho extranjero en el proceso de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 62, 2006, pp. 13-57; P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENE, “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento laboral: A propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, abril-junio 2005, pp. 119-130.

de lo Civil, que defiende la aplicación sustitutiva del Derecho material español¹¹⁹. En el presente caso, el TSJ de Cataluña sigue, acertadamente, esta doctrina, desechando la aplicación al litigio de la ley irlandesa ante su falta de prueba por parte de la demandada. Este dato no resulta desdeñable, pues lleva a preguntarse cuál hubiera sido su decisión en caso de haberse efectuado dicha acreditación. Y aunque la consideración del Tribunal del ordenamiento laboral español como norma más protectora y de Derecho necesario parece indicar que el resultado hubiera sido el mismo, no cabe duda de que en el presente caso, la ausencia de prueba del Derecho extranjero inclinó definitivamente la balanza en tal sentido. Más recientemente, esta postura ha sido seguida, punto por punto, por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona de 22 de septiembre de 2017¹²⁰, que con idéntico argumento declaró, sobre la base del ordenamiento laboral español, la improcedencia del despido efectuado por Ryanair de un tripulante de cabina destinado al aeropuerto de El Prat y residente en Viladecans¹²¹.

123. Con esta decisión, el TSJ de Cataluña mantenía respecto a los trabajadores de Ryanair una postura iniciada en su Sentencia de 26 de marzo de 2010¹²², donde declaró injustificada la modificación de la base de operaciones de una trabajadora de Ryanair, pese a la estipulación contractual de dicha posibilidad. Y ello, con el único fundamento jurídico del ordenamiento español, en concreto los artículos 40 y 41 ET, PESE a la sumisión del contrato a la ley irlandesa. Atendiendo a dichos preceptos, que regulan la movilidad geográfica de los trabajadores y los requisitos formales y causas justificativas del ejercicio del *ius variandi* por parte del empresario. En el presente caso, el Tribunal estimó que no se habían cumplido tales condiciones imperativas, y sobre esta base legal declaró injustificada la decisión empresarial de trasladar a la demandante del aeropuerto de Gerona al de Kerry (Irlanda).

124. En esta ocasión, y frente a lo que haría algunos años después en la decisión ya expuesta, el Tribunal prescinde de toda explicación sobre la vía que le lleva a aplicar el ordenamiento español a un contrato de trabajo sometido a la ley irlandesa. Y por muy evidente que sea el hecho de que la finalidad y justificación últimas de este cambio en la *lex contractus* es la mayor protección de la trabajadora, igualmente censurable resulta la ausencia de justificación de esta postura, que se inscribe en la inveterada tendencia hacia el lefeorismo de los tribunales españoles, que todavía con demasiada frecuencia resurge en sus resoluciones¹²³. En este sentido, la evolución del TSJ de Cataluña hacia una mejor fundamentada y más justificada aplicación del ordenamiento español puede ser una referencia a seguir por nuestros órganos judiciales.

V. Reflexión final: el futuro... en el aire

125. Con todas las dudas e interrogantes que suscita, el caso Ryanair permite extraer dos certidumbres: la íntima interrelación jurídica existente entre las disciplinas de Derecho del Trabajo y Dere-

¹¹⁹ Al respecto, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS Social, de 4 de noviembre de 2004”, *La Ley*, núm. 6238, de 25 de abril de 2005, pp. 1-11; *IBÍDEM*, “El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo: la Sala de lo Social contraataca”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2002, pp. 103-114.

¹²⁰ *Vid.* página 16.

¹²¹ No merece la pena reproducir aquí la argumentación de dicha sentencia, toda vez que se limita a transcribir literalmente la fundamentación jurídica contenida en la STSJ Cataluña de 25 de marzo de 2015, declarándola aplicable en todo a los supuestos enjuiciados en este asunto.

¹²² *Vid.* página 13. En otro ámbito, el TSJ de Cataluña reprodujo también esta posición en su Sentencia nº 4605/2014, de 25 de junio (AS\2014\2229), que sobre la base del ordenamiento español declaró improcedente el despido de unos trabajadores italianos que prestaban servicios docentes en España contratados por el Istituto Italiano Statale Comprensivo di Scuola Elementare e Secondaria di I e II Grado, codemandado junto con el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Italiana.

¹²³ Sobre la orientación tendente a combatir este fenómeno contenida en la reforma del Convenio de Roma de 1980 operada por el Reglamento 593/2008, *vid.* A.L. Calvo Caravaca, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2, pp. 52-133; y respecto al peligro de esta tendencia en relación con la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, *vid.* J. Carrascosa González, “Derecho extranjero no probado: el lado oscuro nunca duerme. El art. 33.3 LCJIMC y la SAP Islas Baleares 12 abril 2016”, *Accursio DIP-BLOG*, 11 septiembre 2016.

cho Internacional Privado, y la insuficiencia del régimen comunitario de determinación de competencia judicial y designación de ley aplicable para dar una respuesta adecuada a situaciones laborales como las descritas. Como hemos visto, ambas cuestiones resultan aún excesivamente variables desde el punto de vista de la previsibilidad y por tanto, de la seguridad jurídica. Los tribunales españoles están todavía lejos de alcanzar una postura unánime en tal sentido; y en materia de competencia judicial, la Sentencia de 14 de septiembre de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea poco ha contribuido a fijar unos criterios de determinación claros y predecibles, dejando nuevamente a la apreciación judicial *in casu* las opciones procesales del personal de vuelo de la compañía.

126. La posible vía interpretativa que parecía querer abrir la cuestión prejudicial ha sido zanjada por el TJUE con un argumento que tiene la contundencia de lo obvio: a efectos procesales no cabe utilizar la noción de “base” contenida en una normativa técnica sobre aviación civil porque la propia regulación sobre competencia judicial no remite expresamente a ella. Pero es justamente dicha falta de remisión expresa la que suscitó la duda en el Tribunal de Mons que planteó la cuestión prejudicial, acaso en un intento de colmar una de las lagunas regulativas que por definición es lógico que presente un régimen competencial general respecto a la inabarcable tipología de relaciones de trabajo que pueden darse en la práctica.

127. Pese a las afirmaciones vertidas al respecto, que interpretan este pronunciamiento una senda expedita para acudir a los tribunales del país de la ‘base’¹²⁴, en realidad el tribunal comunitario no ha añadido nada nuevo, fuera de descartar la vía cognitiva propuesta por el tribunal belga, ni se aparta de su línea interpretativa habitual, sustentada sobre el método indiciario como sistema de determinación del tribunal competente. Es de lamentar, por ello, la oportunidad perdida por el TJUE de haber dotado, respecto de este tipo contractual laboral, de un contenido fáctico y previsible a la expresión “lugar desde el cual” utilizada por los reglamentos comunitarios sobre competencia judicial, y por extensión, sobre ley aplicable, dado que la íntima relación entre ambos exige una interpretación armónica de sus normas.

128. Lo que sí deja claro de la sentencia comunitaria es la progresiva pérdida de importancia del foro del establecimiento contratante (art. 21.1.b.ii) Reglamento Bruselas I bis), que el TJUE prefiere relegar, priorizando el método indiciario como criterio de determinación competencial frente a lo que constituye un foro objetivo de designación, con la ventaja sobre aquél de su previsibilidad jurídica. Guste o no -que el TJUE ha dejado claro que no le gusta-, este foro está diseñado expresamente para supuestos como los aquí tratados, en los que la prestación de servicios no se realiza en un único Estado, ya que el personal de vuelo desarrolla funciones tanto en tierra como a bordo de las aeronaves. Al persistir en el sistema indiciario para concretar el foro del lugar de prestación ‘habitual’ de los servicios en detrimento del foro del lugar del establecimiento contratante, el TJUE parece querer buscar un tribunal más favorable -por cercano- a los intereses de los trabajadores. Una operación loable, habida cuenta del sistemático y generalizado intento de la aerolínea de reconducir a la jurisdicción irlandesa -incluso mediante el uso persistente de cláusulas de sumisión nulas- todas las reclamaciones de sus trabajadores. Pero el mecanismo elegido resulta excesivamente incierto y jurídicamente inseguro, pues su eficacia real queda en manos de la apreciación que cada órgano judicial realice sobre el ‘centro de gravedad’ de las prestaciones laborales.

129. Se aprecia aquí también cierta incongruencia en el Tribunal comunitario. Sentada su reticencia a utilizar el foro del establecimiento contratante, trata de acercar al trabajador al que en el fondo considera su lugar habitual de su prestación laboral: el aeropuerto donde inicia y finaliza su jornada laboral. El mecanismo más coherente con este objetivo bien pudiera haber sido la pretendida identificación entre base y lugar habitual de trabajo planteada por el tribunal belga. Sin embargo, deja dicha

¹²⁴ “La justicia europea avala que el personal de vuelo de Ryanair acuda a los tribunales laborales del país de la «base»”, *Noticias Jurídicas. Jurisprudencia. Actualidad*, 14 septiembre 2017; “Varapalo a Ryanair: el personal de vuelo puede recurrir a los tribunales de su país”, *Cinco días*, 14 de septiembre de 2017; “El personal de Ryanair puede acudir a jueces fuera de Irlanda, dice el TJUE”, *www.hosteltur.com*, 14 de septiembre de 2017.

equiparación a la aplicación que del método indiciario realice cada órgano judicial. A tal fin, establece una serie de indicios a valorar que difícilmente garantizan que el aeropuerto acabe siendo considerado el lugar de trabajo habitual. Recapitulando, dichos índices son: lugar desde el que el parte y al que regresa el trabajador, lugar donde pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo por cuenta de la empresa; lugar donde se encuentran las herramientas o los medios de trabajo utilizados por el trabajador; lugar donde el trabajador se relaciona habitualmente con el empresario y organiza su trabajo; lugar donde tiene el trabajador obligación contractual de residir; y lugar donde existe un despacho u oficina a disposición del trabajador. Y como índice expresa y tajantemente rechazado, la nacionalidad de las aeronaves.

130. Así enunciado, el método indiciario parece conducir irremisiblemente a la consideración del aeropuerto de base como lugar de prestación habitual de los servicios, pero al negar esta automaticidad, cuando el trabajador realiza funciones tanto en tierra como a bordo de la aeronave, la jurisprudencia comunitaria obliga a dilucidar caso por caso cuáles son más relevantes y determinan, por tanto, el centro de gravedad de la prestación laboral. Un análisis que en el caso de los tripulantes de cabina pudiera suscitar más dudas, por la relativa equivalencia de las labores que realizan en uno y otro espacio¹²⁵, y menos en el caso de los pilotos, por ser difícilmente cuestionable que el centro de gravedad de su prestación laboral se realice fuera de la aeronave. En estas modalidades laborales, considerar que dicho eje central se desarrolla en el aeropuerto de base puede resultar muy cuestionable. Al haber cerrado la vía de identificar mecánicamente la base aeroportuaria con el lugar habitual de trabajo, el TJUE cierra también lo que en este caso hubiera sido una consagración encubierta del foro del domicilio del trabajador demandante, habida cuenta de su obligación contractual de residir en un lugar próximo a la base que le haya sido asignada. Acaso en esa consecuencia puedan radicar parcialmente sus razones para no interpretar extensivamente el concepto de base a efectos competencia judicial internacional.

131. Respecto a la cuestión de la ley rectora de las relaciones laborales entre Ryanair y su personal de vuelo, los conflictos examinados evidencian que tampoco el sistema de determinación de la ley laboral aplicable a estos contratos de trabajo resulta en la práctica tan tuitivo como pretende su tenor literal. Al colocar el eje de la protección del trabajador en la determinación del lugar habitual de prestación de sus servicios, se cae de nuevo en el círculo vicioso de la incertidumbre fáctica y la determinación judicial caso por caso. Para llegar a la aplicación de la ley local, desplazando así la *lex contractus* designada por las partes en el contrato, el mecanismo del artículo 8 del Reglamento Roma I exige considerar que el lugar de trabajo es la base aeroportuaria, una cuestión en absoluto pacífica, como hemos visto. Por su parte, la misma premisa requiere el sistema de su artículo 9 para dar entrada a la aplicación de las llamadas ‘leyes de policía’, ya sean del foro -sustentado sobre el lugar de trabajo habitual- o del país de ejecución del contrato, aspecto eternamente debatido y cuestionado.

132. Curiosamente, esta incertidumbre legislativa a la hora de determinar la ley rectora del contrato no parece afectar a los tribunales españoles, que de forma unánime vienen sometiendo estos conflictos a la legislación laboral española, desechando toda eficacia de la cláusula de elección de ley. Pero esta corriente judicial presenta dos debilidades. La primera, la minoritaria tendencia jurisprudencial española a declarar la competencia de nuestros tribunales para resolver estos litigios, lo que restringe la posibilidad de aplicarles la normativa española. La segunda, el cuestionable fundamento jurídico de las decisiones que sí lo hacen, que oscilan entre la total falta de justificación y la conjunción de la protección del trabajador con la coyuntural falta de acreditación del ordenamiento irlandés.

133. Por todo ello, resulta más conveniente -por segura- la vía negociada que, en la línea ya sugerida por la Comisión Europea, consensue la aplicación de las legislaciones locales a los contratos de los trabajadores de la compañía aérea. Así parece haberlo entendido también la propia empresa, a la vista de los recientes convenios colectivos suscritos en Italia o Irlanda. En nuestro país, el reconocimiento

¹²⁵ Funciones en el interior de las aeronaves de, de seguridad, atención y asistencia de pasajeros; labores en tierra, incluyendo guiar a los pasajeros a la terminal, llamamiento y control de pasajeros, limpieza de avión etc. (cfr. STSJ Cataluña 26 marzo 2010).

por parte de Ryanair del sindicato mayoritario de pilotos de líneas aéreas en España parece encaminarse también por esta senda, pues el acuerdo viene acompañado del compromiso por parte de la aerolínea de aplicar la legislación laboral española a todos los pilotos que trabajan en España. Tal es el futuro al que parece verse hoy abocada la compañía, que tras años de utilizar la normativa comunitaria para parapetarse tras los tribunales y el ordenamiento irlandés. En la actualidad, su tradicional modelo de relaciones laborales se ha visto seriamente amenazado por los embates recibidos desde diversos frentes: huelgas de los trabajadores, demandas judiciales, reivindicaciones sindicales, recriminaciones de la Comisión Europea, y en España, una declaración judicial de cesión ilegal de trabajadores. Todo parece apuntar a un cambio en este modelo laboral, pero en tanto dicho cambio no se plasme en convenios colectivos y se refleje efectivamente en la modificación de los contratos firmados por los trabajadores, su futuro sigue dependiendo de las declaraciones de intenciones de la aerolínea, y por tanto, en el aire.

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO-PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN INSERTAS EN CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE: SITUACIÓN ACTUAL Y FUTURO PROYECTADO

JURISPRUDENCIAL EXAMINATION ON THE LEGAL AND PROCEDURAL REGIME OF JURISDICTION CLAUSES INSERTED IN BILLS OF LADING: CURRENT SITUATION AND FORESEEABLE FUTURE

FRANCISCO DE BORJA LANGELAAN OSSET
Contract Analyst within Contracts Department
Cepsa Trading S.A.U.

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019
<https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4626>

Resumen: El presente trabajo se propone realizar un análisis jurisprudencial de la normativa procesal en la Unión Europea aplicable a las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque. En este sentido, se estudian el art. 25 del Reglamento 1215/2012 y el art. 468 de la LENMAR, tratando los problemas procesales que ambos plantean. Por otro lado, se realiza un análisis a la luz de la jurisprudencia y doctrina anterior a la LENMAR para proyectar en el futuro la aplicabilidad real del mencionado art. 468. Este análisis se completa con una breve explicación inicial sobre el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque con el objeto de contextualizar la materia de estudio del presente trabajo.

Palabras clave: cláusulas de jurisdicción, conocimiento de embarque, Reglamento 1215/2012, Ley de Navegación Marítima, art. 468 LNM.

Abstract: The aim of this paper is to carry out a jurisprudential examination on the procedural Regulations applicable within the European Union to jurisdiction clauses inserted in Bills of Lading. Accordingly, art. 25 Regulation 1215/2012 and art. 468 LENMAR are studied, tackling the procedural problems that both articles raise. On another note, a scrutiny of the jurisprudence and doctrine previous to the LENMAR is carried out, so that the real enforceability of the above-mentioned art. 468 is projected into the future. This inquiry is completed by an introductory explanation about the international carriage of goods by sea, so as to contextualize the subject of this paper.

Keywords: jurisdiction clauses, Bill of Lading, UE Regulation 1215/2012, Spanish Maritime Act, art. 468 LNM.

Sumario: Sumario: I. Algunas consideraciones sobre el transporte marítimo internacional de mercancías. El conocimiento de embarque. 1. Consideraciones generales. 2. Régimen jurídico. 3. Concepto, caracteres y clases de conocimientos de embarque. 4. Contenido. 5. Funciones. 6. El conocimiento de embarque no es el contrato de transporte. II. Origen, evolución y situación actual de las normas que regulan la prórroga de jurisdicción en la Unión Europea. 1. La falta de normativa procesal específica en Derecho Marítimo. 2. La prórroga de la competencia con carácter general en

la Unión Europea. 3. Régimen jurídico aplicable en la actualidad. El Reglamento 1215/2012 y el Convenio de Lugano de 2007. A) Ámbito material. B) Ámbito temporal. C) Ámbito territorial. 4. Límites a la autonomía jurisdiccional de las partes. A) Consideraciones generales sobre la autonomía jurisdiccional de las partes. B). Análisis del sistema competencial del Reglamento 1215/2012 en relación con el transporte marítimo internacional de mercancías. a) Competencias exclusivas. b) Supuestos especiales de protección. c) Sumisión tácita como criterio de atribución de competencia. d) Límite general a la autonomía jurisdiccional de las partes. III. Vinculación entre el tribunal designado y la relación jurídica litigiosa. IV. Aplicabilidad proyectada del art. 468 LENMAR. 1. Planteamiento general del problema. 2. Sobre la posible aplicabilidad del art. 468 LENMAR. 3. Sobre la posible inaplicabilidad del art. 468 LENMAR. A) Primacía del Derecho Internacional General y del Derecho de la Unión Europea. B) Interpretación alternativa de la STJCE Coreck en relación con la primacía del Derecho de la Unión Europea. C) Conclusiones del Encuentro de los Magistrados de lo Mercantil 2016 (especial mención al art. 468 LENMAR). V. Conclusiones.

I. Algunas consideraciones sobre el transporte marítimo internacional de mercancías. El conocimiento de embarque

1. Consideraciones generales

1. En primer lugar y antes de entrar en el análisis de los artículos objeto de estudio, es necesario realizar algunas consideraciones sobre el transporte que genera las relaciones contractuales que producen, a su vez, la documentación del transporte en la que se insertan las cláusulas de jurisdicción, así como su diferenciación, siquiera someramente, con las figuras del fletamento¹, del cabotaje y de otros documentos similares.

2. Debemos señalar que el contrato de transporte marítimo de mercancías se puede realizar de ordinario mediante la modalidad de fletamento de un buque (por tiempo o por viaje) por el que el porteador se obliga, a cambio de una contraprestación denominada flete, a transportar por mar mercancías y a entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino (art. 203 LENMAR), asumiendo el fletador la gestión comercial del buque (art. 204.2 LENMAR).

3. Cuando el fletamento se refiera a mercancías determinadas por su peso, medida o clase, en un buque que permita una pluralidad de cargamentos, estaremos ante un contrato de mercancías en régimen de conocimiento o de fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque (art. 205 LENMAR), en el que el fletador/cargador simplemente contrata el transporte.

4. Tanto el fletamento como el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque² forman parte de los denominados por la LENMAR como contratos de utilización del buque. Dado que no es objeto de este trabajo analizar en profundidad las diferencias entre el contrato de fletamento (por tiempo o por viaje) y el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, baste el siguiente cuadro para ilustrar brevemente sus diferencias fundamentales³:

¹ WOLTERS KLUWER. “Contrato de fletamento”. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1OMQ7CMAz8TZZKqO3GkKUUJoQQVjVTUwbkcaQOKX9PYEYmnyyXe6u2dEPzc4sVTk2ANTpjG7WWQY0DGJMDty8yAbH1EwtEHmAhRHsDUpWXYwGbGBNv3Ja_TVnBAT-gz1hkGUpQk-vA4ymAzbkKvCL19Fabq_5Z4oyX-diRB-SQF5M15JR9Kbr92150QcEr_ojdCh3JiiwKwiPSVh3T0XOX_JfWEXmZNayWzihbLo1MG7AotO_Gm9vVqA0AAEAAA=WKE.

² WOLTERS KLUWER. “Contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento”. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1PwU7DMAz9GnKp hNqJAxy6cZhEiA0CuLqplYbLbVH71713HXHYgUxe_52XnvZ818N3hRv2XSdMpFh4UVJcfoigsaMQegcDeVJXYgBV KRr-Cpj6MBkwQmDnGMSMpOZmKaR9_kCZ1CK750EHScTOPgq6WOZ2ygNZ5zh7merVJWSAcU_7BxMvDvG5xjDx qZasjrrth1_vm7XE61qapHd8YsJvBfsbef0Q2xH17s6qoHkSjXXJz2NtoyH5vdduWb-YT-FRVWeADq0WwIQg7DOxgwt90-4JLoHOV1coqMxH9f-zY98kiURSP_ZdUM9qZqzVmntuZDs3YHiFhJSDv8v0B4zvuxKAAQAAWKE.

³ Para una visión general de los elementos personales, reales y formales del transporte en régimen de conocimiento, *vid.* WOLTERS KLUWER. “Derecho Marítimo”. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1PwU7DMAz9GnKp hNqJAxy6cZhEiA0CuLqplYbLbVH71713HXHYgUxe_52XnvZ818N3hRv2XSdMpFh4UVJcfoigsaMQegcDeVJXYgBV KRr-Cpj6MBkwQmDnGMSMpOZmKaR9_kCZ1CK750EHScTOPgq6WOZ2ygNZ5zh7merVJWSAcU_7BxMvDvG5xjDx qZasjrrth1_vm7XE61qapHd8YsJvBfsbef0Q2xH17s6qoHkSjXXJz2NtoyH5vdduWb-YT-FRVWeADq0WwIQg7DOxgwt90-4JLoHOV1coqMxH9f-zY98kiURSP_ZdUM9qZqzVmntuZDs3YHiFhJSDv8v0B4zvuxKAAQAAWKE.

Requisitos esenciales	Contrato de fletamento por tiempo o por viaje	Transporte en régimen de conocimiento de embarque
Consentimiento	Concurso oferta-aceptación sobre la cosa y la causa	
Objeto	Puesta a disposición de buque determinado por contrato, armado y equipado	Reserva de espacio de carga para transporte de mercancías con independencia del buque
Causa	Transporte de mercancías	
Documentación	Póliza de fletamento y conocimiento de embarque (art. 204.3. LENMAR)	Conocimiento de embarque (art. 246.1. LENMAR y art. 3.3º RLHV)

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación de los art. 1.262, 1.271 y 1.274 del Código Civil a ambos contratos de transporte.

5. Centrándonos en el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento y siguiendo la clasificación para el contrato de transporte mercantil ofrecida por PADILLA GONZÁLEZ / CLAVERO TERNERO / PENDÓN MELÉNDEZ⁴, podemos clasificar el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque como un transporte marítimo internacional de mercancías operado por navieras en servicios de línea regular⁵, en el que el porteador asume la obligación de transportar las mercancías de un puerto a otro a cambio de un precio llamado flete. Este tipo de transporte tiene su origen en el crecimiento del comercio mundial (tanto de importaciones como de exportaciones), junto a la evolución de la técnica de la navegación y el aumento en la demanda de transportes. Esto hizo aparecer líneas regulares⁶ en las que en un buque indeterminado una pluralidad de cargadores ocupa su espacio de carga y lo que importa en el contrato no es tanto el buque en sí, como el transporte de la mercancía⁷.

6. Pero, ¿Qué ocurre cuando el transporte marítimo se realiza entre puertos de un mismo Estado por empresas de ese Estado? ¿Y si la naviera está domiciliada en otro Estado de la UE, pero opera entre puertos españoles? Ello determina que nos encontramos ante la figura del cabotaje y, por tanto, supone la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3577/92 del Consejo de 7 de diciembre de 1992 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), al tratarse de “servicios de transporte marítimo dentro de un Estado miembro” que se prestarán “en las mismas condiciones que impone dicho Estado a sus propios nacionales”. Además, aunque el Reglamento 1215/2012 no lo exija expresamente, se deduce de las disposiciones estudiadas que se requiere implícitamente un elemento de internacionalidad jurídicamente relevante.

7. Esto supone que, por ejemplo, en un transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque entre el puerto de Barcelona y el puerto de Vigo, la cláusula de sumisión a un tribunal de Valencia no estará sujeta a dicho Reglamento, sino a la normativa procesal de Derecho español de origen interno, aunque la naviera sea extranjera⁸. También se consideran operaciones de cabotaje los

wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAC1O0WrDMAz8mvpIUJJ2Y-zBD83SQaE-Zowtjr4ojHDHX7mQ5a_5-7jyB0KE77u47IS89XkW3yGimcNcBr1JV4Sh0DiouPvjlrHtOqASGqCsFRhK4Nhh3zDN2-MOQ_4FH5GbJSIKAO2HU9fZBxSn8vMJMFoSCb4CLGY2j3n9Wt6k328cnNSPHLNAfZNELqonsdMwrRW85pMsLOUFuQUB3u35_OuxWm_sO2YAXcioisJnewKI-eDIU1hAvV-X8V277_kcWsyJskkgOHMQXThmXb3bHZ3Dox_-qv1B-CVEskAQA AWKE.

⁴ R. PADILLA GONZÁLEZ / M. CLAVERO TERNERO / A. M. PENDÓN MELÉNDEZ, “Lección 21.ª Transportes”, en J. G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / A. DÍAZ MORENO (Coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 599 y 600.

⁵ Entendemos por servicio de línea regular aquél sujeto a itinerarios, escalas frecuentes, así como tarifas y condiciones del transporte previamente establecidas por el porteador.

⁶ A. RUIZ DE VELASCO, *Manual de Derecho Mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2008, p.1170.

⁷ L. FONTESTAD PORTALÉS, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, epígrafe II (versión electrónica).

⁸ Nos referimos a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, por lo que respecta al ámbito procesal, y a la Ley 14/2014 de Navegación Marítima y al Reglamento (CEE) núm. 3577/92, por lo que respecta al ámbito material.

desplazamientos desde o hacia la Península entre ésta y las Islas Canarias o las Islas Baleares, así como entre las islas de dichos archipiélagos, y los transportes desde o hacia Ceuta y Melilla desde las Islas o desde la Península.

2. Régimen jurídico

8. La pluralidad de normas internacionales y la intensa actividad legislativa del legislador español en los últimos cuatro años, hace necesario que nos planteemos las normas que resultan de aplicación al presente trabajo para así poder descartar aquello que no es aplicable y poder analizar mejor el conocimiento de embarque como documento del transporte marítimo.

9. Por lo que respecta al régimen jurídico de Derecho interno de este documento del transporte en nuestra legislación, hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante LENMAR)⁹, cuya Disposición única derogatoria, apartados c) y d), derogó por completo el Libro III del Código de Comercio¹⁰, así como la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes¹¹, el régimen jurídico del conocimiento de embarque se recogía en la Sección 1ª del Título III del Libro III de dicho Código, concretamente en los arts. 706 a 718, y 18 a 23 de la mencionada Ley de 1949. Tras dicha derogación, el conocimiento de embarque ha pasado a estar regulado por la Sección 5ª del Capítulo II del Título IV de la LENMAR, en sus arts. 246 a 266¹².

10. Por lo que respecta a los convenios internacionales, debemos hablar de los Convenios realizados por las Naciones Unidas (en adelante la ONU). En este sentido, en España resulta de aplicación el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (conocido como Reglas de La Haya, o de La Haya-Visby tras los Protocolos 23 de febrero de 1968 y de 21 de diciembre de 1969 modificativos de las mismas) (en adelante RLHV). Este Convenio fue publicado en la Gaceta el 31 de julio de 1930, más tarde España ratificaría los dos Protocolos modificativos¹³ y, además, el art. 277.2 LENMAR dispone que los contratos de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, tanto nacionales como internacionales, se regirán por este Convenio y por los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte.

11. Sin embargo, las RLHV no regulan de manera íntegra el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque (BROSETA PONT / MARTÍNEZ SANZ)¹⁴, sino que se centran en la responsabilidad del porteador. A pesar de esta situación y de que tampoco contienen reglas de competencia judicial internacional, sin duda para favorecer el mayor número de ratificaciones posibles, las RLHV contienen normas sobre el contenido del conocimiento de embarque que, como hemos visto en la LENMAR, resultan de aplicación en España.

12. Existen otros dos convenios de la ONU que debemos mencionar. En primer lugar, se intentaron sustituir las RLHV por el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mer-

⁹ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014, pp. 59193 a 59311. Referencia: BOE-A-20147877.

¹⁰ BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885. Referencia: BOE-A-1885-6627.

¹¹ BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1949. Referencia: BOE-A-1949-12565.

¹² Una breve referencia sobre el régimen jurídico actual del conocimiento de embarque, puede encontrarse en: WOLTERS KLUWER. "Conocimiento de embarque". [Consultado el 12/01/2019]. Acceso en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAC1PQU7EMAx8DbIUQu2KC4dctssBaUFoKYirm1ptRGuX2F22v8dtiGRlXp7EMz8LprXBm_qaSRMoFx0WBkHmToobmzAFoHC3ICV2IAVSkXby2MfJiEkCE4c4RSRIJysxrZNV0oJOoRVfO-gi6wHji4KsNxys20FqfU4fpuBpSVhgVkp7h4GTg31e4xh40Mh0h5b9i1_mnr3I71aGsKnfJCbwn7G3zeiG2A9nK816Elmy5-Lx2Z62zN_Nqc79Zp3Rv6BCpgegHs2GIKQwvIERc7tMW6J7kPnmonyQ-RYY33dN3pH1x0XVfLRKeebCaPcJFGsYkbr_BH_KgeajbgEAAA=WKE.

¹³ BOE núm. 36, de 11 de febrero de 1984, pp. 3674 a 3677.

¹⁴ M. BROSETA PONT / F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. Contratos mercantiles. Derecho de los títulos-valores. Derecho Concursal*. Tecnos, Madrid, 2014, p. 196.

cancias (conocido como las Reglas de Hamburgo, en adelante RH). Este Convenio contiene disposiciones sobre competencia judicial internacional (art. 21 RH), pero no han sido ratificadas por España, por la UE¹⁵ ni por países de peso económico y político como, por ejemplo, los Estados Unidos de América.

13. Por último, en 2008 vio la luz el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (conocido como las Reglas de Rotterdam, en adelante RR). Este Convenio está, o estaba, llamado a sustituir tanto a las RLHV como a las RH, en un esfuerzo por unificar, modernizar y desarrollar los derechos y obligaciones de los cargadores, portadores y destinatarios sujetos a un contrato de transporte de puerta a puerta que comprenda un tramo internacional por vía marítima. Aunque dichas Reglas también contienen disposiciones sobre competencia judicial internacional (arts. 66 a 69 RR), han sido ratificadas hasta el momento presente¹⁶ por cuatro países, siendo España el primero en hacerlo el 19 de enero de 2011 y, por otro lado, Togo en 2012, el Congo en 2014¹⁷ y Camerún en 2017, por lo que no parece que vayan a entrar en vigor en un futuro cercano, a pesar de la visión positiva que de esta circunstancia tiene un sector muy autorizado de nuestra doctrina mercantil¹⁸. Además, dichos artículos sobre reglas de jurisdicción internacional constituyen una materia denominada por el Derecho Internacional como “*opt-in*”, según la cual sólo los Estados que manifiesten mediante declaración expresa estar vinculados por dichas normas de jurisdicción, lo estarán efectivamente, por lo que se permite (en sentido negativo) que no lo estén¹⁹.

3. Concepto, caracteres y clases de conocimientos de embarque

14. El conocimiento de embarque (en inglés *Bill of Lading* y *Connaissance* en francés) es uno de los principales documentos del transporte marítimo de mercancías en el cual se formaliza el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, es decir, la conclusión del contrato de transporte va acompañada de la emisión de una serie de documentos, en nuestro caso, del conocimiento de embarque²⁰. Se trata de un título-valor, de tradición y ejecutivo emitido por el porteador, el capitán o el agente del porteador, que será entregado al cargador una vez que las mercancías estén cargadas en el buque (art. 3. 3.º RLHV y art. 246.1 LENMAR) y que será firmado por el porteador o por su agente, presumiéndose que, si lo firma el capitán, lo hace por cuenta del porteador mencionado en el conocimiento (art. 249.1 LENMAR). En cuanto al momento de la emisión o entrega, éste tendrá lugar antes de iniciar al viaje.

15. La afirmación de que el conocimiento de embarque se trata de un título-valor implica una serie de consecuencias importantes derivadas precisamente de dicha calificación y, por ello, vamos a estudiar el conocimiento de embarque como título-valor utilizando una clasificación general para estos títulos ofrecida por JIMÉNEZ SÁNCHEZ / BAENA BAENA²¹. De esta forma, se trataría de un título-valor causal, pues las obligaciones asumidas en virtud del conocimiento de embarque tienen su causa en un contrato de transporte marítimo de mercancías previo a su emisión. Se trata de títulos literales completos, pues en ellos se recogen todos los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato de transporte marítimo, así como las condiciones generales en las que se desarrolla dicho transporte, lo que incluye las cláusulas de jurisdicción. En este sentido, podemos citar como ejemplo un extracto del modelo de conocimiento de embarque emitido por la naviera *Mediterranean Shipping Company* (en adelante MSC)²²:

¹⁵ *Vid.* http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html.

¹⁶ Fecha de consulta: 04/01/2019.

¹⁷ Aunque las RR parecen estar llamadas a suceder tanto a las RLHV como a las RH, no parece, dada su situación actual, que dicha sustitución se vaya a producir en un momento cercano al presente. Para conocer la situación actual de las Reglas de Rotterdam *vid.* http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html.

¹⁸ M. BROSETA PONT / F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual...*, cit., p. 197.

¹⁹ *Vid.* arts. 74 y 91 RR.

²⁰ S. ZUNARELLI / M. M. COMENALE PINTO, *Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti I*, CEDAM, Lavis, 2013, p. 478.

²¹ J. G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / P. J. BAENA BAENA, “Lección 15.ª La representación de las posiciones jurídicas en el tráfico mercantil. Los títulos-valores. Las anotaciones en cuenta”, en J. G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / A. DÍAZ MORENO (Coords.), *Lecciones...*, cit., pp. 401 a 405.

²² MSC. “MSC-CONOCIMIENTO DE EMBARQUE”. 2017. [Consultado el 12/01/2019]. Acceso en: <https://www.msc>.

“Al aceptar este C/E, el comerciante acepta expresamente, como si estuvieran rubricados, todos los términos y condiciones (estén impresos, en sellos o añadidos por cualquier otro medio a cualquiera de las caras de este documento) de este C/E. Asimismo, también acepta las condiciones de la tarifa del transportista”.

16. Además, el conocimiento de embarque es, por su objeto, un título jurídico-real o de tradición, pues atribuye a su titular, como veremos en las funciones de este documento, una facultad de disposición sobre las mercancías que representa. En cuanto al sujeto emisor del conocimiento, se trata generalmente de un sujeto de Derecho Privado, al tratarse de empresas navieras de capital privado que se dedican a la explotación de los buques, sean propietarias o no de los mismos (art. 145.2 LENMAR). Por la manera de emitirse podemos decir que el conocimiento de embarque es un título-valor emitido en masa y utilizado de forma general y habitual por las navieras en sus transportes marítimos. Finalmente, por su forma de designar al titular, el conocimiento de embarque puede ser emitido al portador (cuando no mencione el nombre el destinatario), a la orden (del cargador o de la persona que éste designe) o nominativo (cuando en el conocimiento se exprese que la mercancía será entregada al mismo cargador o a una persona distinta de éste) (art. 250.1 LENMAR) y su ley de circulación será la simple entrega, el endoso y la cesión según las normas de la cesión de créditos no endosables respectivamente (art. 250.2 LENMAR).

17. Finalmente, el conocimiento de embarque es un título ejecutivo, es decir, tendrá aparejada ejecución de la obligación de entrega de las mercancías entregadas al porteador para su transporte. Así lo prescribe el art. 253 LENMAR y la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (SSTS núm. 1040/1993, de 10 de noviembre, FJ. 6; y núm. 528/2004, de 15 de junio, FJ. 2).

4. Contenido

18. El contenido del conocimiento de embarque viene regulado por el art. 3. 3.º RLHV y por el art. 248.1 LENMAR. Estos artículos hacen referencia a una serie de menciones obligatorias, o contenido mínimo, que en el momento de entrega del conocimiento deberán recogerse en el mismo. Estas menciones obligatorias se refieren fundamentalmente a la identificación del porteador, del cargador y del destinatario (si el conocimiento es nominativo); identificación y descripción de las mercancías entregadas por el cargador con expresión de la naturaleza de las mismas, marcas de identificación, número de bultos, etc.; puertos de partida y destino (o de carga y descarga según la nomenclatura de la LENMAR), fecha de entrega de las mercancías al porteador y, si se hubiere pactado, la fecha o plazo de entrega en el lugar que corresponda. Además, se indicará el lugar de emisión del conocimiento y, si se hubiere emitido más de uno, se indicará el número de ejemplares originales.

19. Además de las menciones obligatorias descritas, el conocimiento podrá contener todas aquellas menciones voluntarias que las partes deseen incluir, es decir, aquellas estipulaciones válidamente pactadas por el cargador y el porteador (arts. 1.255 CC y 248.2 LENMAR). Es en este último numeral donde debemos ubicar las cláusulas de sumisión a la jurisdicción del tribunal o los tribunales de un Estado miembro de la UE.

5. Funciones

20. Como hemos visto, el conocimiento de embarque es un título-valor y no una carta de porte marítimo (análoga al *Sea waybill*)²³. De esto se deduce que, cuando el documento es un “verdadero conocimiento de embarque” (STS núm. 528/2004, de 15 de junio, FJ. 2), aquél “despliega las funciones

com/getattachment/26461fb8-6e46-44a3-a71d-4b74dc8aafac/635581436758730000.

²³ La diferencia fundamental entre el *Sea waybill* y el conocimiento de embarque es que mientras que el primero se emite cuando no se prevé la transmisión de las mercancías, porque no están destinadas a su circulación (STS núm. 157/1997, de 3 de marzo, FJ. 1), el segundo se emite en el caso contrario, es decir, cuando las mercancías han de cambiar de poseedor y están llamadas a circular o se prevea su circulación (SAP de las Palmas núm. 241/2006, de 15 de mayo, FJ. 4).

que les son propias” (SAP de Las Palmas núm. 253/1998, de 17 de junio, FJ. 3) y que son fundamentalmente tres: función contractual, función probatoria y función representativa (SAP de Barcelona núm. 241/2006, de 15 de mayo, FJ. 4).

21. Siguiendo a la Audiencia Provincial de Barcelona y a la Audiencia Provincial de las Palmas, podemos sintetizar las funciones que vienen reconocidas a los conocimientos de embarque en las siguientes: a) constituye el documento del contrato al que se incorporan las condiciones del transporte, es decir, es título contractual; b) constituye la prueba de que las mercancías han sido entregadas al porteador y cargadas a bordo del buque, es título probatorio (art. 256.1 LENMAR); y c) es un título representativo de las mercancías que incorpora el derecho del poseedor a reclamar al porteador las mercancías especificadas en el conocimiento (art. 252.1 LENMAR) y a disponer de ellas durante el viaje (art. 250.2 LENMAR), por tanto, es un título de crédito y de tradición. Estas funciones también han sido reconocidas por el Tribunal Supremo (STS núm. 1148/2002, de 29 de noviembre, FJ. 2).

6. El conocimiento de embarque no es el contrato de transporte

22. De las tres funciones del conocimiento, en este estudio nos interesa su función contractual. Al analizar las funciones del conocimiento de embarque mencionábamos en primer lugar que el conocimiento “*constituye el documento del contrato, al que se incorporan las condiciones del transporte, con caracteres propios de los contratos de adhesión (título contractual)*” (SAP de Barcelona núm. 241/2006, de 15 de mayo, FJ. 4) o, dicho en otras palabras, el conocimiento de embarque no es el contrato de transporte, sino que es la prueba del mismo (STS núm. 528/2004, de 15 de junio, FJ. 2.2; y SAP de las Palmas núm. 253/1998, de 17 de junio, FJ. 3) y es que dicho contrato suele preceder a la emisión del conocimiento de embarque (STS núm. 1148/2002, de 29 de noviembre, FJ. 2).

23. De lo anterior deducimos la primera característica del contrato de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, a saber, que se trata de un contrato de carácter consensual, es decir, aquél para cuyo perfeccionamiento basta:

“[...] la voluntad, consciente y libremente emitida, [que] es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración”. En ese momento “se produce la perfección del contrato, el nacimiento de éste a la vida jurídica, cual proclama el artículo 1254 del Código Civil, del que, y de los artículos 1258 y 1262, se evidencia que dicha perfección surge de la simple concurrencia del consentimiento, de la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad, recíprocas y sucesivas, que genera el acto jurídico bilateral”²⁴.

24. En el caso del contrato en régimen de conocimiento, la oferta consistirá en el ofrecimiento de la naviera -normalmente a través de su página web- del espacio de carga, ruta, tipo de contenedor, etc., y la aceptación del cargador consistirá precisamente en reservar el espacio de carga, momento en el que comienza el contrato²⁵, es decir, cuando exista acuerdo de voluntades sobre la realización del transporte²⁶.

25. Podría pensarse que este tipo de contrato de transporte es un contrato real, que requiere para su perfección de la entrega de las mercancías, y formal, en el que no basta el consentimiento, sino que se exige para su perfeccionamiento la emisión y entrega del conocimiento de embarque. En primer lugar, la entrega de las mercancías, que es la obligación esencial del contrato, forma parte de la fase ejecutiva del mismo, es un presupuesto de dicha ejecución²⁷ y es una obligación de resultado que ha asumido el

²⁴ WOLTERS KLUWER. “Perfección del contrato”. [Consultado el 12/01/2019]. Acceso en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNTQ0tLtbLUouLM_DzbsMz01LySVACTaswIAAAAA=WKE.

²⁵ CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL. “Conocimiento de embarque y manifiesto de carga”. [Consultado el 12/01/2019]. Acceso en: <http://www.intracen.org/guia-del-cafe/logistica-y-seguros/Conocimientos-de-embarque-y-manifestode-carga/>.

²⁶ F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, Aranzadi, Pamplona, 2010 (versión electrónica).

²⁷ F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato...*, cit., (versión electrónica); y L. FONTESTAD PORTALÉS, *Conocimiento...*, cit., (versión electrónica).

porteador al ser el contrato de transporte una especie de subarrendamiento de obra. En segundo lugar, tampoco se puede afirmar que el contrato de transporte en régimen de conocimiento sea un contrato de carácter formal ya que, aunque es un documento que prueba la existencia del contrato, no constituye un presupuesto esencial para que exista²⁸.

26. Otra prueba de que el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque es consensual es que antes de la emisión del conocimiento, es decir, antes del inicio del viaje, ya genera obligaciones para las partes, aunque sobre todo para el porteador. En primer lugar, el porteador debe cuidar la navegabilidad del buque en el sentido de que se debe encontrar en el estado adecuado para recibir el cargamento a bordo y transportarlo con seguridad a destino, teniendo en cuenta las circunstancias previsibles del viaje, sus fases y el tipo de cargamento (art. 212.1 LENMAR), de acuerdo con la diligencia de un ordenado porteador dedicado al transporte marítimo de mercancías (arts. 3. 1.º RLHV, 212.3 LENMAR y 1.104 CC). Además, deberá el porteador poner a disposición del cargador el buque en el puerto y fecha convenidos por contrato (arts. 211 y 215 LENMAR) para que se puedan efectuar las operaciones de carga y estiba de las mercancías que, salvo pacto en contra, serán a su costa y riesgo (art. 218.2 LENMAR). Por tanto, la emisión del conocimiento de embarque no es un presupuesto para el nacimiento del contrato, sino para la aplicación de las RLHV (art. 1.b) RLHV). Por lo que respecta al cargador, éste deberá entregar las mercancías al porteador en un plazo que permita su embarque durante la estancia del buque en el puerto (art. 229 LENMAR). Es, por tanto, un contrato bilateral o sinalagmático perfecto, que genera obligaciones para ambas partes antes de la emisión del conocimiento, ya que dicha emisión está condicionada a la entrega de las mercancías por el cargador²⁹.

27. Pero, sin duda, la característica más importante de este contrato de transporte, por lo que respecta a las cláusulas de prórroga de jurisdicción, es aquella según la cual el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque es un contrato de adhesión (SSAP de Barcelona núm. 241/2006, de 15 de mayo, FJ. 4; y de Cantabria, Rec.704/1998, de 9 de diciembre, FJ. 5). Podemos afirmar que el contrato objeto de estudio se trata de un verdadero contrato de adhesión, o contrato-tipo³⁰, toda vez que las condiciones del transporte han sido preestablecidas e impuestas por la empresa naviera, sin que se admitan modificaciones ni contraofertas, existiendo sólo una aceptación (o adhesión) pura y simple de las mismas por la otra parte, en nuestro caso el cargador.

28. Se mantiene en todo contrato de adhesión, y en este tipo también, la libertad para contratar (STS núm. 1084/1998, de 13 de noviembre, FJ. 2), pero no se mantiene la libertad de contratación o, dicho de otra manera, se mantiene la facultad de aceptar o no los términos y condiciones en que la naviera oferta realizar el transporte, pero no se dan en estos contratos “*ni negociaciones ni ese tira y afloja de ofertas y contraofertas porque simplemente, [la naviera] ofrece celebrar un contrato [de transporte]*”

²⁸ G. BERCOVITZ ÁLVAREZ / A. EMPARANZA SOBEJANO / M. IRIBARREN BLANCO / M^a. V. PETIT LAVALL / L. M. PIÑOLETA ALONSO / I. QUINTANA CARLO, “Contratación del transporte y la navegación”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO / N. I. MORALEJO IMBERNÓN / M. S. QUICIOS MOLINA (Coords.), *Tratado de contratos. Tomo 5. (Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación, contratos de seguro)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (versión electrónica). En la SAP de Barcelona núm. 175/2013, de 29 de abril, FFJJ. 6 a 9, esta cuestión se pone de manifiesto con una claridad absoluta. La Audiencia declaró que, aunque no se había llegado a emitir el conocimiento de embarque el contrato de transporte marítimo existía, pues la consignataria, en ese caso, había asumido efectivamente la obligación de transportar. La Audiencia llega a esta conclusión analizando los correos electrónicos entre las partes, que revelan claramente la asunción de tal obligación. Por otro lado, y aunque no se mencione expresamente, consideramos que a esta misma conclusión se podría haber llegado aplicando los arts. 1.254 y 1.262 del Código Civil.

²⁹ En estas páginas estamos comentando la regla general, pero pudiera darse el caso de otras formas de conocimiento, como el conocimiento “recibido para embarque” (el cargador entrega la mercancía en los almacenes del naviero), las órdenes de entrega o *delivery orders* (presuponen la existencia de un conocimiento de embarque y permiten que su poseedor disponga durante el viaje de una parte de las mercancías cargadas) y el conocimiento directo o *through bill of lading* (cuando el transporte es asumido por varios porteadores y cada uno de los cuales realiza una parte del trayecto).

³⁰ J. M^a. SÁNCHEZ MIRANDA, “La sumisión en los conocimientos de embarque y los procesos de limitación de la responsabilidad del armador en detrimento de los pequeños usuarios del transporte marítimo”. 2017. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: <https://slidedoc.es/por-jose-maria-sanchez-miranda-amy-a-abogados-pdf>.

en determinadas condiciones inalterables". Esta oferta se realiza "al público en general" y para "quien quiera aceptarlas; pero sin [...] discusión sobre ellas, [...], negociaciones ni contraofertas", pudiendo concluir que el contrato de transporte en régimen de conocimiento "se acoge tal cual es, o se deja, y no hay contrato"³¹, como señala ALBALADEJO³² sobre los contratos de adhesión en general.

29. Por todo ello, nos encontramos ante condiciones generales de la contratación tipificadas en el tráfico marítimo internacional que reducen al mínimo la autonomía de la voluntad de quien celebra el contrato con el porteador, sin perjuicio de que se mantenga la libertad de contratar³³.

II. Origen, evolución y situación actual de las normas que regulan la prórroga de jurisdicción en la Unión Europea

1. La falta de normativa procesal específica en Derecho Marítimo

30. Una vez hemos definido el transporte en el que se generan las cláusulas objeto de estudio, la siguiente cuestión pasa por la ausencia de un Derecho Procesal Marítimo, que no es cuestión menor, pues en Derecho Marítimo la jurisdicción internacional es un elemento esencial de las relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la navegación marítima. Como señalan GABALDÓN GARCÍA / RUIZ SOROA, el planteamiento de cuestiones prácticas en el ámbito del Derecho Marítimo comienza por el planteamiento de la jurisdicción competente. Esta cuestión no es nada desdeñable en esta rama del Derecho, sino que constituye un *prius* obligado para la solución material del fondo del litigio. No es, por tanto, una mera cuestión accesorio³⁴.

31. El primer problema al que nos debemos enfrentar cuando analizamos la competencia judicial internacional en Derecho Marítimo es la falta de normativa específica³⁵ tanto en la Unión Europea como a nivel internacional.

32. Dado que el Derecho Marítimo no constituye una rama del Derecho completamente autónoma³⁶, deberemos acudir a las normas de Derecho Procesal general³⁷ que resuelven los problemas de

³¹ Entre las condiciones innegociables del contrato de transporte, se encuentra la cláusula de jurisdicción inserta en conocimientos de embarque. Sobre dicha cláusula, ni el cargador ni el destinatario de las mercancías pueden exigir que el porteador renuncie a la misma o que la modifique para que sea más conveniente para aquéllos. Para el porteador las ventajas de estas cláusulas serían: centralización de reclamaciones, ahorro de costes procesales, reglas procesales conocidas, mayor confianza en los tribunales de su país y uso de su lengua en el procedimiento. En este sentido, *vid.* E. SIERRA NOGUERO, "Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque de las líneas regulares de la navegación", en F. MARTÍNEZ SANZ / M^a. V. PETIT LAVALL (Dir.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universidad Jaime I, Valencia, 2007, p. 796.

³² M. ALBALADEJO, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Edisofer, Madrid, 2011, pp. 435 y 436.

³³ WOLTERS KLUWER. "Contrato de adhesión". [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE1OQU4DMQx8DbIUQmkrIXHIZSm3CiFYql69idIEBAdiZ9v9fV22ByxZHo1HM_PbsM49nsX5QlJByirgCkJETnfN2s8tGZ6p0Pzt-trQCAzsrAEvDfKueLe-4jRhD4PypQas3axIikB-Q3abreFYTi8wpREkFeqgLL4pBPd8tNdZb-zDo5mwsgrcIY1IlgiamMe51ZdEzQvXxFUZ0-8QC6t6yQCh8D_xzNpm-tNH7n-qWwB-k3Rjyf3bx6ZqlZg1Cy8_4rHcHgk-QkcKt5QX_8VJFIgEAAA==WKE.

³⁴ J. L. GABALDÓN GARCÍA / J. M^a. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 920; y J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 888 y 889.

³⁵ En cuanto a la falta de normativa específica sobre la determinación de la competencia judicial internacional en Derecho Marítimo y la prelación entre normas que se deben aplicar para determinarla, resulta de gran utilidad práctica, por la claridad y brevedad del juzgador *a quo*, el Auto de 11 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, FFJJ. 4 y 5. Sobre la idea de falta de normativa específica, aunque en términos generales sobre la autonomía legislativa del Derecho Marítimo, *vid.* J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Curso...*, cit., pp. 39 y 40.

³⁶ L. FONTSTAD PORTALÉS, *Conocimiento...* cit., epígrafe III, apdo. 2. b) (versión electrónica); y C. I. CORDERO ÁLVAREZ, "La cláusula atributiva de jurisdicción en el conocimiento de embarque", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2008, p. 202.

³⁷ En su Informe al Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima de 2006, el Consejo General del Poder Judicial señaló que "no existe en nuestro sistema jurídico nada parecido a un Derecho Marítimo procesal, es decir, unas normas procedimentales especiales para los conflictos atinentes a la navegación marítima. Existen (...) algunas particularidades concretas

competencia y también a las normas concretas de Derecho sustantivo para ubicar la materia objeto de este trabajo. Además, deberemos tener en cuenta la primacía del Derecho Internacional³⁸ (tanto de la Unión Europea³⁹ como de otras organizaciones internacionales, así como tratados bilaterales en los que España sea parte) sobre el Derecho de origen interno.

33. Esta idea ya ha sido apuntada por GABALDÓN GARCÍA al señalar que, mientras en algunos ordenamientos existen códigos o leyes marítimas con una importante parte procesal (p.ej. Italia en los arts. 578 a 696 del *Codice della Navigazione*)⁴⁰, dotada de cierta autonomía respecto al Derecho procesal común, en otros la normativa aplicable a los procedimientos marítimos se encuentra en las grandes leyes procesales comunes⁴¹.

34. En este sentido podemos decir, siguiendo a FONTESTAD PORTALÉS⁴², que son tres los criterios o niveles que debemos considerar a la hora de determinar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, así como los requisitos que en cada caso se exija para prorrogar la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado.

35. En primer lugar, deberemos comprobar si existen Convenios internacionales específicos que regulen el transporte marítimo de mercancías (en nuestro caso el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque). En segundo lugar, tendremos que estar a las disposiciones del Derecho de la UE que determinen de modo general la competencia judicial internacional (actualmente el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)) y, por último, deberemos acudir a las normas internas de Derecho español sobre competencia judicial internacional (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴³ y Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)⁴⁴ cuando resulten aplicables⁴⁵.

2. La prórroga de la competencia con carácter general en la Unión Europea

36. Por lo que respecta al Derecho de la UE los requisitos formales de validez de los acuerdos de prórroga de la jurisdicción en el ámbito civil-mercantil⁴⁶, también llamados de atribución de compe-

(...), pero no un sistema de Derecho Procesal marítimo en sentido propio". Para la consulta de esta cita y su explicación vid. E. SANJUÁN, "Especialidades procesales en la nueva Ley de Navegación Marítima", en A. B. CAMPUZANO / E. SANJUÁN (Dir.), *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 483 y ss.

³⁸ En nuestro Derecho de fuente interna la superioridad del Derecho Internacional, en cuanto a lo que interesa en el presente trabajo, viene determinada por el art. 96.1 CE, 1.5 CC (entendido en sentido positivo), 21.1 LOPJ, 36.1 LEC y por los arts. 2 y 468 LENMAR. También debemos tener en cuenta los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. En el seno de la UE, la primacía de las normas que emanan de la misma viene determinada, además de por los citados artículos de la CVDT, por los arts. 4 TUE y 288 TFUE. Se puede constatar, como se ha puesto de manifiesto en el cuerpo del trabajo, que el objeto de nuestro estudio requiere de normas tanto generales como específicas, nacionales e internacionales.

³⁹ Para entender mejor la primacía del Derecho de la UE, léanse las SSTJUE de 12 de julio de 1964, *Costa v. ENEL*, 6/64; y de 10 de octubre de 1973, *Polito*, 43/71, entre otras muchas.

⁴⁰ *Gazzetta Ufficiale* del 18 aprile 1942, n. 93.

⁴¹ J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Curso...*, cit., pp. 40 y 887.

⁴² L. FONTESTAD PORTALÉS, *Conocimiento...*, cit., (versión electrónica).

⁴³ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Referencia: BOE-A-1985-12666.

⁴⁴ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323.

⁴⁵ Conviene aclarar ya en este punto que las normas sobre competencia judicial internacional que recogen los arts. 22 y ss. de la LOPJ se aplicarán en el caso objeto de estudio cuando la cláusula de atribución de competencia en el conocimiento de embarque designe como tribunal competente un tribunal de un Estado no miembro de la UE, o que no es miembro del Convenio de Lugano de 2007, y ello sin perjuicio de la eventual existencia de un convenio internacional bilateral entre España y otro tercer Estado.

⁴⁶ En el contexto de este trabajo se entiende por jurisdicción la competencia internacional que tiene un Estado para conocer de un determinado asunto. No se debe confundir con el concepto de jurisdicción por razón de la materia, pues no hay dudas sobre la mercantilidad de las relaciones que originan estas cláusulas y, por tanto, tampoco hay duda sobre el orden jurisdiccional al que le correspondería enjuiciar los supuestos. El transporte marítimo internacional de mercancías, se trata en todo caso de

tencia o cláusulas flotantes de jurisdicción en Derecho Marítimo, están regulados en la actualidad por el art. 25 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)⁴⁷ (en adelante Reglamento 1215/2012)⁴⁸.

37. Se trata, en consecuencia, de una norma de Derecho derivado, vinculante, típica, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros de la UE (art. 288 del TFUE y 81 del Reglamento 1215/2012)⁴⁹. El artículo de referencia en el presente estudio es el que se transcribe a continuación, subrayando aquellas partes que nos interesan, para ir analizándolas poco a poco.

“SECCIÓN 7

Prórroga de la competencia

Artículo 25

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) [...];

b) [...], 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.

2. [...].

3. [...]⁵⁰.

4. No surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia [...] si son contrarios a las disposiciones de los artículos 15, 19 o 23, o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 24.

5. [...]”.

38. Anteriormente, con base en el art. 220 del Tratado de Roma, era el art. 17 del Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en adelante el Convenio de Bruselas de 1968)⁵¹, modificado sucesivamente por la adhesión de nuevos Estados miembros de la UE a este Convenio, el que establecía dichos requisitos formales⁵².

un contrato mercantil, pues hace posible el desarrollo de actividades empresariales, tanto del porteador, como del destinatario de las mercancías. Es, en fin, un contrato que integra la actividad productiva o comercial de las partes que intervienen en estas relaciones, lo que excluye la condición de consumidor o usuario del transporte marítimo.

⁴⁷ También conocido en Derecho Internacional Privado como Reglamento Bruselas I bis.

⁴⁸ DOUE, núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁴⁹ Para un análisis doctrinal y jurisprudencial del reglamento como acto vinculante de la UE, *vid.* A. MANGAS MARTÍN / D. J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 370-373.

⁵⁰ Nótese que este apartado ahora se refiere a los documentos constitutivos de un *trust* que otorgan competencia al tribunal o tribunales de un Estado miembro, no al hecho que se daba en el Reglamento 44/2001 cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo estaba domiciliada en la UE.

⁵¹ DOUE, núm. C 027, de 26 de enero de 1998.

⁵² La SAP de Barcelona, de 2 de junio de 2004, FJ. 6 (Rec. 709/2002) y el Auto núm. 288/2005, de 28 de noviembre, FJ. 9, de la misma Audiencia, entre otras muchas resoluciones, realizan un breve análisis de la evolución del Convenio, señalan-

39. El Convenio de Bruselas de 1968, que había sentado las bases de un verdadero espacio judicial europeo⁵³, fue sustituido por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I)⁵⁴, en vigor desde el 1 de marzo de 2002, cuyo art. 23 reprodujo exactamente el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, aunque se sacaron contenidos de este artículo que en el Reglamento 44/2001 se vieron reflejados en otros artículos, añadiendo además el numeral 3 a petición del Reino Unido.

40. Por otro lado, en paralelo al Reglamento 1215/2012⁵⁵ y tomando como referencia el Convenio de Bruselas de 1968, se adoptó el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (en adelante el Convenio de Lugano), modificado por Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma en nombre de la Comunidad del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante el Convenio de Lugano de 2007). Dicho Convenio regula en su art. 23 los acuerdos de prórroga de la competencia. El artículo exige actualmente que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado vinculado por el mismo, pero en cuanto a los requisitos formales de la prórroga de jurisdicción, son los mismos que establece el art. 25 del Reglamento 1215/2012. El art. 23 del Convenio de Lugano de 2007 presenta actualmente una redacción similar a la del art. 25 del Reglamento 1215/2012, salvo las diferencias que se irán matizando.

41. De una confrontación a primera vista de los cuatro artículos mencionados en este apartado y teniendo en cuenta el objeto de estudio del presente trabajo, podemos establecer las siguientes conclusiones que nos valdrán durante todo el análisis que haremos para entender la forma en que se debe dar la prórroga y sus límites materiales.

42. Dichas conclusiones son las siguientes:

- 1ª. Los requisitos formales de la prórroga no han cambiado desde que el Convenio de Bruselas de 1968 fue modificado.
- 2ª. Se mantienen también desde ese Convenio unos supuestos especiales de protección, que veremos más adelante en relación con los límites a la autonomía jurisdiccional de las partes.
- 3ª. Se mantienen, asimismo, una serie de competencias exclusivas que no pueden ser objeto de prórroga jurisdiccional.

43. Todas estas conclusiones deben ser tenidas en cuenta también durante la lectura y comprensión de la doctrina y la jurisprudencia sobre los acuerdos de prórroga de jurisdicción en la UE, ya sea para el tema que nos ocupa como en general.

3. Régimen jurídico aplicable en la actualidad. El Reglamento 1215/2012 y el Convenio de Lugano de 2007

44. Como hemos indicado ya, en la actualidad la norma de Derecho de la UE que establece los requisitos para la validez formal de los acuerdos de prórroga de jurisdicción es el art. 25 del Reglamento

do que en un primer momento era necesaria la forma escrita o verbal con confirmación escrita del convenio de atribución de competencia, es decir, el apdo. a) del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968. Posteriormente, el Convenio de adhesión 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y del Reino Unido e Irlanda del Norte, y el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, añadieron los apdo. b) y c), que se han mantenido en los Reglamentos que han sucedido a dicho Convenio.

⁵³ L. MORENO BLESÁ, "Las novedades introducidas en el espacio judicial europeo con la reforma del Reglamento Bruselas (1)", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015.

⁵⁴ *DOUE*, núm. L 012, de 16 de enero de 2001.

⁵⁵ *Vid.* art. 73.1 del Reglamento 1215/2012 y el art. 64.1 y el Preámbulo del Convenio de Lugano de 2007.

1215/2012, que es el instrumento general de la UE en materia de competencia judicial internacional⁵⁶, y el art. 23 del Convenio de Lugano de 2007⁵⁷, aunque no es una norma propiamente de la UE.

45. Dicho Reglamento prevalece sobre la legislación interna de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza del mismo como acto normativo de la UE y dentro del territorio de la misma⁵⁸. Responde a la necesidad de crear un cuerpo legislativo uniforme para fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad en caso de litigios o desacuerdos, ya que las normas internas de Derecho Internacional Privado varían de un Estado a otro y esto podría dificultar enormemente el funcionamiento fluido y correcto del mercado interior de la UE, así como desincentivar las relaciones con terceros Estados⁵⁹.

46. Todo ello se debe a que los principios de libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas originan actividades mercantiles y desplazamientos de ciudadanos por toda la UE. Es, como acertadamente ha señalado MORENO BLESÁ, una necesidad derivada de unas relaciones humanas cada vez más complejas y, por ello, el Derecho precisa ser global y armonizado⁶⁰. Además, las reformas operadas buscan también progresar en el objetivo de ofrecer a los ciudadanos de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia⁶¹. En este trabajo nos vamos a centrar en el art. 25 del Reglamento 1215/2012, ya que en la mayoría de las cláusulas de jurisdicción contenidas en conocimientos de embarque se designa un tribunal de la UE⁶² o que forma parte del Convenio de Lugano de 2007.

A) **Ámbito material**

47. El art. 1.1 del Reglamento 1215/2012 dispone que dicha norma europea “*se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional*”. Debemos recordar que el Reglamento no cubre todas las materias civiles y mercantiles, pues “*debe abarcar lo esencial*”⁶³ de aquéllas, lo que determina la existencia de materias excluidas expresamente⁶⁴ y esto hace que nos planteemos si el objeto de nuestro estudio está excluido o no de su ámbito material de aplicación.

48. Por lo que respecta a las cláusulas de atribución de competencia insertas en conocimientos de embarque, podemos decir que éstas tienen naturaleza mercantil, pues se insertan en el marco de contratos internacionales de transporte de mercaderías celebrados entre operadores y empresas que habitualmente actúan en el comercio internacional⁶⁵. De esta forma, tenemos a porteadores acostumbrados a realizar transportes internacionales por mar y a comerciantes o empresas habituales a actuar en el comercio internacional (exportando o importando sus productos).

49. De lo ahora expuesto, podemos concluir que la existencia y configuración de estas cláusulas no plantea problemas por lo que respecta al ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012,

⁵⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho internacional privado: textos y materiales*. Aranzadi, Madrid, 2017 (versión electrónica).

⁵⁷ Estas normas forman la Cooperación judicial en materia civil de la UE y tienen su fundamento jurídico de Derecho de la UE en los arts. 67.4 y 81.1 y 2, letras a), c) y e) del TFUE (cuyo antecedente directo es el art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea) y en los Protocolos núm. 21 y 22 del Tratado de Lisboa.

⁵⁸ En este sentido se pronunció la STJCE Coreck (C-387/98).

⁵⁹ UNIÓN EUROPEA. “Cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea. Guía para juristas”, 2015, pp. 5 y 11 [Consultado el 13/01/2019]. Acceso en: https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287-es.do.

⁶⁰ L. MORENO BLESÁ, “Las novedades...”, cit., p. 2.

⁶¹ Vid. considerando (3) y (4) del Reglamento 1215/2012.

⁶² Habitualmente la *High Court of Justice of London*, o tribunales franceses o neerlandeses.

⁶³ Vid. considerando (10) del Reglamento 1215/2012.

⁶⁴ P. MAESTRE CASAS, “Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, p. 193.

⁶⁵ También podemos considerar como operadores habituados a actuar en estas relaciones mercantiles a las aseguradoras que se subrogan en la posición de su asegurado cuando se verifica un daño a las mercancías y les abonan la indemnización correspondiente. Es importante señalar, sin embargo, que no es que las aseguradoras estén habituadas a actuar en el comercio marítimo internacional, sino que están habituadas a asegurar a operadores en dicho sector del comercio internacional, que sí que lo están.

pues entran en el marco de relaciones mercantiles internacionales no excluidas de su ámbito de aplicación. El Reglamento 1215/2012 afecta al transporte internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque al no haber sido éste excluido expresamente de su ámbito material de aplicación (SS del Tribunal Supremo núm. 804/2007, de 5 de julio, FJ. 2; y del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, de 10 de abril de 2015, FJ. 2; y Autos de la AP de Las Palmas núm. 24/2007, de 1 de febrero, FJ. 2, y de Pontevedra núm. 30/2008, de 14 de febrero, FJ. 3, entre otras muchas resoluciones). La misma conclusión podemos extrapolar al Convenio de Lugano de 2007, cuyo art. 1 es esencialmente igual al art. 1 del Reglamento.

50. Por tanto, las cláusulas de atribución de competencia insertas en conocimientos de embarque, como veremos en los límites a la autonomía de la voluntad, no tienen prácticamente ningún límite material más allá de los requisitos formales del art. 25 y un límite general que estudiaremos más adelante.

B) Ámbito temporal

51. El ámbito de aplicación temporal irretroactivo de este Reglamento puede hacer que nos cuestionemos, como hacía ROCA⁶⁶, la validez interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia que va a ser estudiada y citada en este trabajo, ya que algunas sentencias datan de las décadas de los años 70 y 80. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia estudiadas son plenamente aplicables incluso hoy, pues los requisitos formales de la prórroga de la competencia no han cambiado, como quedó de manifiesto al estudiar la evolución de los artículos que han ido regulando esta cuestión, desde el Convenio de Bruselas de 1968 hasta el Reglamento 1215/2012 y el Convenio de Lugano de 2007. Esto hace que muchas sentencias y artículos doctrinales se refieran todavía a dicho Convenio e, incluso, al ya derogado Reglamento 44/2001, si la acción fue iniciada antes del 10 de enero de 2015.

52. Por lo que respecta al reformado Convenio de Lugano de 2007⁶⁷, entró en vigor en Noruega y en la UE, incluyendo a Dinamarca, el 1 de enero de 2010; en Suiza el 1 de enero de 2011 y en Islandia el 1 de mayo de 2011.

C) Ámbito territorial

53. En el ámbito territorial⁶⁸, el Reglamento 1215/2012 supuso un importantísimo cambio, pues se modificó del numeral 1 del art. 23 del Reglamento 44/2001 la frase “*cuando al menos una de las partes tuviera su domicilio en un Estado miembro de la UE*”⁶⁹. Esto significaba que cuando ambas partes estuvieran domiciliadas en Estados que no eran miembros de la UE, el tribunal del Estado miembro designado en la cláusula de sumisión podía, de acuerdo con su Derecho interno⁷⁰, aceptar o declinar su

⁶⁶ M. ROCA, “El impacto del Reglamento 1215/2012 sobre el Derecho Marítimo”. 2015. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: <http://www.derechomaritimo.info/wp-content/uploads/El-Impacto-del-Reglamento-1215-2012-sobre-el-Derecho-Mar%C3%ADtimo.pdf>. También en este sentido resulta muy clarificador el prólogo de J. L. GABALDÓN GARCÍA a J. L. PULIDO BEGINES, *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 19- 21. GABALDÓN GARCÍA señala que la aparición de la LENMAR no puede suponer la nulidad sobrevenida de toda la literatura jurídica precedente a la misma, idea que podemos extrapolar a lo que aquí tratamos ahora.

⁶⁷ Vid. el art. 63.1 del Convenio de Lugano de 2007 y UNIÓN EUROPEA. “Cooperación judicial...”, cit., p. 12.

⁶⁸ El art. 68.1 del Reglamento 1215/2012 (mismo artículo del Reglamento 44/2001), y en base al art. 355 TFUE (antiguo art. 299 del Tratado de la Comunidad Europea), supone su aplicación en todos los territorios de Francia, incluyendo los del Ultramar; en Reino Unido se aplica a Gibraltar, pero no a las Islas Mann, Islas del Canal o islas anglonormandas; en España se aplica a todo el territorio nacional, incluyendo Ceuta y Melilla, las Islas Canarias y las Islas Baleares; en Portugal se aplica a todo el territorio nacional, incluyendo las Azores y Madeira; y por último, se aplica en Finlandia incluyendo las islas Aland.

⁶⁹ Decía el ahora suprimido art. 1.3 del Reglamento 44/2001: “*En el Presente Reglamento por la expresión «Estado miembro» se entenderá cualquier Estado miembro [de la UE] excepto Dinamarca*”.

⁷⁰ I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ / A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 67; L. CAPIEL, “Novedades en el Reglamento Bruselas I Refundido”, *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, núm. 40, 2015, p. 143; y C. ROSENDE VILLAR, “Principales novedades 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”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 11, 2014, apdo. I y II. C (versión electrónica).

competencia y, es en este último caso, cuando los demás tribunales de los Estados miembros podían declararse competentes; mientras que si ambas partes, o al menos una de ellas, estaban domiciliadas en Estados que eran miembros de la UE, el tribunal designado por la cláusula de atribución de competencia no podía declinar su competencia, si el acuerdo de atribución era válido conforme al Reglamento, y los demás tribunales de los Estados miembros debían abstenerse de conocer el litigio.

54. Como consecuencia de la eliminación de la referencia al domicilio de las partes se eliminó también el numeral 3 del art. 23⁷¹, quedando la redacción el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 de la siguiente manera:

“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 [...]”.

55. También la modificación operada en el ámbito territorial de aplicación del Reglamento ha hecho que la doctrina se haya planteado si en base a dicha modificación podíamos seguir aplicando las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷² (en adelante TJUE)⁷³ a supuestos actuales, concluyendo satisfactoriamente que sí, pues antes bastaba que una de las partes estuviese domiciliada, pero ahora se ha eliminado dicho requisito.

56. En consecuencia, lo relevante en la actualidad para determinar los efectos de la prórroga de la competencia ya no es que concurran acumulativamente los requisitos que exigía el Reglamento 44/2001 y anteriormente el Convenio de Bruselas de 1968, a saber: primero, que al menos una de las partes estuviese domiciliada en un Estado miembro de la UE, domiciliación que debía verificar el órgano jurisdiccional nacional en cuestión; y segundo, que la cláusula que contuviese el acuerdo de atribución de competencia designase un tribunal de un Estado miembro de la UE (STJCE Coreck, apdos. 17 y 19).

57. Ahora basta únicamente que se verifique el segundo, es decir, que el tribunal designado en el acuerdo de prórroga de la competencia sea un tribunal de cualquier Estado miembro de la UE. Así las cosas, puede ser que las dos partes estén domiciliadas en dos Estados diferentes de la UE, que una lo esté y que otra no (como suele ser lo más habitual), o que ninguna de las dos estén domiciliadas en la UE, con los mismos efectos de prórroga; es decir, ya no se realiza el tratamiento diferenciado que hacía el art. 23.3 del Reglamento 44/2001, como ha señalado DE MIGUEL ASENSIO⁷⁴; y que constituía un doble requisito que nuestros tribunales aplicaban hasta hace muy poco para determinar la aplicación del Reglamento 44/2001 (anteriormente el Convenio de Bruselas de 1968)⁷⁵. Se ha producido lo que PADRÓS AMAT⁷⁶ ha denominado como el “eurocentrismo”, es decir, el desplazamiento de las normas internas en supuestos en que ninguna de las partes esté domiciliada en un Estado de la UE.

⁷¹ Vid. art. 23.3 del Reglamento 44/2001.

⁷² Nos referimos fundamentalmente a tres sentencias del TJUE que interpretan el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, aplicado a cláusulas de atribución de competencia en conocimientos de embarque, y que serán analizadas más adelante.

⁷³ El TJUE pasó a denominarse de tal forma en 2009. Antes, la denominación de esta institución de la UE era “Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea” (TJCE). Por esta razón, a veces nos referimos a esta institución como “TJCE” y otras como “TJUE”, sabiendo que nos referimos a la misma en ambos casos.

⁷⁴ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones judiciales”, *La Ley*, núm. 8013, 2013, apdo. IV.

⁷⁵ H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo reglamento “Bruselas I Bis” (1215/2012): una apuesta parcialmente frustrada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2015 (versión electrónica).

⁷⁶ B. PADRÓS AMAT, “Novedades el Reglamento “Bruselas I bis” sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros”. 2015. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: <http://www.abogacia.es/2015/02/11/novedades-del-reglamento-bruselas-i-bis-sobre-competencia-judicial-reconocimiento-y-ejecucion-de-titulos-ejecutivos-extranjeros/>

58. Mención especial merecen los casos de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. Estos países gozan de unos regímenes especiales⁷⁷ que les permiten participar o no en la adopción de instrumentos como los que estamos estudiando aquí.

59. En el caso del Reino Unido y de Irlanda, estos países decidieron participar desde el inicio en la adopción y aplicación del Reglamento 44/2001⁷⁸ y, posteriormente, decidieron participar en la adopción y aplicación del Reglamento 1215/2012, como quedó de manifiesto en ambos Reglamentos⁷⁹.

60. El caso de Dinamarca es aún más particular. En un primer momento, el Reglamento 44/2001 no le era aplicable ni estaba sujeta al mismo, como se indicaba en el considerando (21) de dicho Reglamento, y se le seguía aplicando el Convenio de Bruselas de 1968⁸⁰. Sin embargo, posteriormente, en base al Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (en adelante el Acuerdo)⁸¹, Dinamarca decidió aplicar las disposiciones del Reglamento 44/2001. Por otro lado, en el art. 3.2 del Acuerdo se establecía que cuando se realizasen modificaciones al Reglamento 44/2001, Dinamarca debería notificar a la Comisión Europea su intención de aplicar o no dichas modificaciones. Es por esto que cuando vio la luz el Reglamento 1215/2012 tampoco resultó aplicable a Dinamarca⁸². Por ello, conforme al art. 3.2 del Acuerdo, Dinamarca notificó mediante carta de 20 de diciembre de 2012 dirigida a la Comisión Europea su decisión de aplicar el nuevo Reglamento modificativo del Reglamento 44/2001, originando un nuevo Acuerdo de 21 de marzo de 2013⁸³.

61. Por lo que respecta al ámbito de aplicación territorial del Convenio de Lugano, dispone su art. 23 que:

“1. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado vinculado por el presente Convenio⁸⁴, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado vinculado por el presente Convenio 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 [...]” (subrayado nuestro).

62. Esto supone que el Convenio se aplique entre los Estados miembros de la UE y Suiza, Noruega e Islandia, o entre estos Estados y un tercer Estado, cuando la cláusula de atribución de competencia se refiera a un tribunal de uno de esos Estados y al menos una de las partes esté domiciliada en uno de ellos, sin que el tribunal designado pueda declinar su competencia si el acuerdo es válido conforme al Convenio⁸⁵. Sin embargo, el art. 23 del Convenio de Lugano mantiene un numeral 3 en la línea del art. 23.3 del Reglamento 44/2001, cuando ninguna de las partes esté domiciliada en un Estado vinculado por el Convenio:

“3. Cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado vinculado por el presente Convenio, los tribunales de los demás Estados vinculados por el presente Convenio solo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia”.

⁷⁷ UNIÓN EUROPEA. “Cooperación judicial...”, cit., p. 6.

⁷⁸ H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance...”, cit., (versión electrónica).

⁷⁹ Vid. considerando (20) del Reglamento 44/2001 y considerando (40) del Reglamento 1215/2012.

⁸⁰ Vid. considerando (22) del Reglamento 44/2001.

⁸¹ DOUE, núm. L 299, de 16 de noviembre de 2005.

⁸² Vid. considerando (41) del Reglamento 1215/2012.

⁸³ DOUE, núm. L 79, de 21 de marzo de 2013. También, vid., DOUE, núm. L 182, de 10 de julio de 2015.

⁸⁴ Los apdos. 1 y 3 del art. 23 del Convenio de Lugano deben ser leídos teniendo en cuenta el art. 1.3 del mismo Convenio: “Con arreglo al presente Convenio, el término «Estado vinculado por el presente Convenio» se refiere a cualquier Estado que es Parte contratante del presente Convenio o a un Estado miembro de la Comunidad Europea. También puede referirse a la Comunidad Europea”.

⁸⁵ Por ejemplo, una cláusula de atribución de competencia a un tribunal suizo entre una naviera domiciliada en Suiza y una empresa domiciliada en China, o bien, una en que se designase un tribunal islandés estando una parte domiciliada en Francia y otra en Islandia.

63. Como ocurría antes en el territorio de la UE cuando estaba vigente el Reglamento 44/2001⁸⁶, cuando dos Estados no vinculados por el Convenio de Lugano de 2007 designen un tribunal de Suiza, Noruega o Islandia, aquél podrá aceptar o declinar su competencia de acuerdo con su Derecho interno y si la declina, entonces los demás tribunales vinculados por el Convenio podrán entrar a conocer el litigio⁸⁷.

Domicilio de las partes	Reglamento europeo/ Convenio de referencia	Artículo regulador de los requisitos formales de la prórroga de la competencia
Parte domiciliada en la UE/parte no domiciliada en la UE	Reglamento 1215/2012	25.1
Partes domiciliadas en la UE		
Partes domiciliadas fuera de la UE		
Partes domiciliadas en Suiza, Noruega o Islandia	Convenio de Lugano de 2007	23.1
Parte domiciliada en la UE/parte domiciliada en Suiza, Noruega o Islandia		
Parte domiciliada en Suiza, Noruega o Islandia/ parte domiciliada en un Estado no vinculado por el Convenio de Lugano		
Partes no domiciliadas en un Estado vinculado por el Convenio de Lugano		23.3

Fuente: elaboración propia a partir de la aplicación del ámbito territorial del Reglamento 1215/2012 y del Convenio de Lugano de 2007.

4. Límites a la autonomía jurisdiccional de las partes

64. Antes de entrar en otras cuestiones resulta necesario analizar si las cláusulas de atribución de competencia insertas en conocimientos de embarque son susceptibles de prórroga de competencia judicial internacional, o bien colisionan con alguna competencia exclusiva o con algún foro especial de protección.

A) Consideraciones generales sobre la autonomía jurisdiccional de las partes

65. El art. 25.4 del Reglamento 1215/2012 se limita a señalar que no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia si son contrarios a los arts. 15, 19 o 23 (prórroga de la competencia en supuestos especiales de protección) o si excluyen la competencia de jurisdicciones exclusivamente competentes en base al art. 24 (competencias exclusivas).

66. La materia objeto del presente estudio es el transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Dado que habíamos dicho que se trata de una materia que no ha sido excluida del ámbito material de aplicación del Reglamento 1215/2012, al ser una materia mercantil no excluida expresamente (art. 1), concluíamos que era de aplicación dicho Reglamento.

67. Salvado el requisito de aplicación material de la norma, nos preguntamos si, aun siendo materialmente de aplicación el Reglamento 1215/2012, nos podemos encontrar ante un asunto no susceptible de prórroga de competencia o ante supuestos especiales de protección. En el primer caso, la prórroga no tendrá lugar nunca, pues los acuerdos de atribución de competencia solo pueden versar sobre foros

⁸⁶ Sobre las referencias al Reglamento 44/2001 y la aplicación temporal y territorial del Reglamento 1215/2012, *vid.* arts. 80 y 81 del Reglamento 1215/2012.

⁸⁷ Por ejemplo, una cláusula de atribución de competencia a un tribunal noruego entre una naviera domiciliada en República Democrática del Congo y una empresa domiciliada en Malasia.

de competencia disponibles⁸⁸. En el segundo, no es que no se permita la sumisión (expresa o tácita), sino que se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos⁸⁹.

68. Partiendo del principio general de admisibilidad de las cláusulas de atribución de competencia (AAP de Cantabria núm. 117/2000, de 9 de junio, FJ. 2)⁹⁰, vamos a estudiar los límites de la autonomía jurisdiccional de las partes en las cláusulas que son objeto de análisis en este trabajo, aplicando el sistema competencial del Reglamento 1215/2012⁹¹ al transporte marítimo internacional de mercancías.

B) Análisis del sistema competencial del Reglamento 1215/2012 en relación con el transporte marítimo internacional de mercancías

69. Del sistema competencial del Reglamento 1215/2012 nos interesa analizar en este trabajo: competencias exclusivas, supuestos especiales de protección y la sumisión tácita como criterio de atribución de competencia.

a) Competencias exclusivas

70. El primer nivel al que debemos acudir para comprobar si es posible prorrogar la competencia, son las competencias exclusivas. Estas competencias vienen reguladas en el art. 24 del Reglamento 1215/2012. Como tales, no pueden ser excluidas por acuerdo entre las partes⁹², pues los Estados que asumen jurisdicción con tal carácter no reconocerán la jurisdicción de ningún otro y no darán valor a las decisiones que no sean de los tribunales del foro⁹³. Tampoco plantean problemas los arts. 22 y 22 bis de la LOPJ, en los que no vamos a entrar aquí⁹⁴.

71. Por su parte, el transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque no encaja en ninguna de las cinco competencias exclusivas, al no tratarse de derechos reales inmobiliarios; validez, nulidad o disolución de personas jurídicas; inscripciones en registros públicos, etc. Siguiendo nuevamente a FONTESTAD PORTALÉS, el Reglamento 1215/2012 no presenta ninguna competencia exclusiva que afecte especialmente al transporte marítimo⁹⁵.

⁸⁸ J. M^a. ESPINAR VICENTE, *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*, LICEUS, Madrid, 2014, p. 38. Además, en caso de que un juez de un Estado dictase una resolución sobre una materia que es competencia exclusiva de otro Estado, aquél se arriesgaría, con gran seguridad, a que el Estado requerido no reconociese en fase de reconocimiento la resolución dictada.

⁸⁹ *Vid.* arts. 15, 19 y 23 del Reglamento 1215/2012 para una visión más completa de la forma en que se puede realizar la sumisión expresa en estos casos.

⁹⁰ Tomando como referencia el Auto de la AP de Cantabria mencionado en el cuerpo del trabajo, podemos definir el principio general de admisibilidad de las cláusulas de atribución de competencia, como aquel principio en virtud del cual los acuerdos de atribución de competencia que designen un tribunal o tribunales sito/s en un Estado/s miembro/s de la UE, son válidos y eficaces con carácter general, siempre que cumplan alguno de los requisitos formales del art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 y no se trate de competencias exclusivas (arts. 24 y 25.4), sin perjuicio de la sumisión tácita (art. 26) y de los concretos requisitos de los supuestos especiales de protección (arts. 15, 19, y 23).

⁹¹ P. MAESTRE CASAS, "Reglamento...", cit., pp. 194 y 195.

⁹² C. I. CORDERO ÁLVAREZ, "Análisis metodológico de la autonomía jurisdiccional en el transporte marítimo internacional y *de rogatio fori*". 2007. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/fori.htm>, apdo. I. a).

⁹³ J. M^a. ESPINAR VICENTE, *Doce reflexiones...*, cit., pp. 33 y 38.

⁹⁴ El art. 22 LOPJ hace referencia a las competencias exclusivas de los Juzgados y Tribunales españoles y, como hemos indicado ya, no afecta al objeto de nuestro estudio. Por su parte, el art. 22 bis LOPJ señala, entre otras cuestiones, la ineficacia de los acuerdos atributivos de competencia cuando se trate de materias que sean de competencia exclusiva de la jurisdicción española y, por ello, indisponibles.

⁹⁵ L. FONTESTAD PORTALÉS, *El transporte marítimo de mercancías y sus incidencias procesales*. Tesis doctoral (s.p.), Universidad de Málaga, Málaga, 2003, p. 501. En este sentido se pronuncia también el AAP de Barcelona núm. 252/2005, de 19 de octubre, FJ. 1 que, si bien está analizando una cláusula que designa el Tribunal de Distrito de Tokyo, señala que el contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque no está afectado por competencias exclusivas ni por fueros especiales de protección y que, por tanto, habrá que atender a la sumisión expresa o tácita, al domicilio del demandado en territorio español y, finalmente, a los fueros especiales. Al tratarse de un tribunal de un Estado no miembro de la UE, la Audiencia aplica el sistema competencial de la LOPJ, lo que, traducido a nuestro estudio, supondría aplicar los arts. 4 a 8, 25 y 26 del Reglamento 1215/2012.

b) Supuestos especiales de protección

72. Superadas las competencias exclusivas, encontramos los supuestos especiales de protección que son: seguros (arts. 10 a 16), contratos celebrados por consumidores (arts. 17 y 19) y contratos individuales de trabajo (arts. 20 a 23).

73. En el primer caso, estamos ante un contrato entre el tomador del seguro y su aseguradora; en el segundo, ante un contrato celebrado por un consumidor para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional; y en el tercero, ante una relación laboral entre el empleado y su empleador. Se puede comprobar mediante una lectura de los correspondientes artículos que el transporte objeto de estudio no es un contrato de seguro, un contrato celebrado por un consumidor ni un contrato de individual de trabajo⁹⁶. Se trata, como hemos visto ya, de una relación mercantil entre empresarios que actúan en el marco de su actividad.

74. Quiere esto decir que, al no ser una materia afectada por una competencia exclusiva ni por un supuesto especial de protección⁹⁷, se permite la sumisión expresa de acuerdo con los requisitos formales del art. 25.1 del Reglamento 1215/2012, como ha señalado nuestra jurisprudencia patria⁹⁸, desplazando el fuero general del domicilio del demandado y los fueros especiales por razón de la materia⁹⁹.

c) Sumisión tácita como criterio de atribución de competencia

75. En un proceso que tenga por objeto una demanda fundada en un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, la comparecencia del demandado, como en cualquier otro proceso declarativo de Derecho sustantivo, para realizar cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria, así como la proposición extemporánea de la

⁹⁶ En caso de poder encajar en algún supuesto especial de protección, nuestro objeto de estudio podría encajar en los contratos celebrados por consumidores. En este sentido, es importante señalar que ninguna de las partes intervinientes en estos contratos de transporte puede ser considerada consumidor o usuario en el sentido que estas figuras son definidas por su legislación específica, a la cual nos remitimos.

⁹⁷ Consideramos que son dos las resoluciones de referencia que, combinadas, son clave a la hora de concretar la normativa aplicable y de determinar la competencia judicial internacional. En primer lugar, el Auto de 11 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, FFJJ. 4 y 5. En segundo lugar, por su utilidad práctica y sencillez en sus argumentos, la SAP de Pontevedra núm. 676/2006, de 21 de diciembre, FJ. 3. El Auto nos indicaba la jerarquía normativa a la hora de determinar la competencia judicial internacional en supuestos como los que estudiamos en el presente trabajo y nos resolvía el primer problema: la jerarquía normativa y, por consiguiente, nos indicaba la norma aplicable. Por su parte, la Sentencia que señalamos ahora, nos resuelve el segundo problema: la admisibilidad o no de prórroga de competencia en el transporte marítimo internacional. Realizando un sucinto pero completo análisis del sistema competencial del Reglamento, la Audiencia aplica dicho sistema a un transporte marítimo internacional de mercancías descartando competencias exclusivas, supuestos especiales de protección y sumisión tácita (en ese caso concreto). La Audiencia concluye que resulta de aplicación el fuero especial *ratione materiae* del art.5.1, letra b) del Reglamento 44/2001, ante la ausencia de una cláusula de atribución de competencia y por el hecho de que la demandada estaba domiciliada en Francia y se le demanda en España, donde se entregan las mercancías. Aunque el supuesto concreto sometido a la Audiencia consistía en un contrato de fletamento por viaje, en puridad se trataba de un transporte marítimo internacional de mercancías, solo que, bajo otra modalidad, por lo que podemos aplicar el análisis que efectúa esta sentencia a la modalidad de transporte marítimo de mercancías que nos ocupa en este trabajo.

⁹⁸ Entre las resoluciones que recurren a este argumento para aplicar el Reglamento 1215/2012 podemos citar las siguientes: SSAP de Barcelona, de 20 de diciembre de 1999, FJ. 8; de Valencia núm. 220/2000, de 18 de octubre, FJ. 4; de Pontevedra núm. 160/2000, de 8 de mayo, FJ. 2 y núm. 676/2006, de 21 de diciembre, FJ. 3; y AA de la AP de Madrid núm. 46/2004, de 22 de marzo, FJ. 4; de Barcelona núm. 252/2005, de 19 de octubre, FJ. 2 y núm. 101/2007, de 16 de abril, FJ. 4; y de Pontevedra núm. 30/2008, de 14 de febrero, FJ. 3; y el Auto núm.78/2015, de 4 de marzo, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, FJ. 2; que está en la línea seguida por la jurisprudencia que lo precede y que debemos tener en cuenta aunque esté en primera instancia. Otras resoluciones en esta línea son los Autos núm. 117/2000, de 9 de junio, de la AP de Cantabria; núm. 27/2009, de 21 de enero, núm. 118/2009, de 19 de junio y núm. 428/2009, de 11 de marzo de 2010, de la AP de Barcelona; y núm. 143/2009, de 21 de julio, núm. 60/2010, de 23 de abril y núm. 140/2014, de 19 de septiembre, de la AP de Madrid, así como las Sentencias de 30 de julio de 2002, Rec. 2086/2002, y núm. 676/2006, de 21 de diciembre, de la AP de Pontevedra. También resulta interesante en este sentido, el considerando (19) del Reglamento 1215/2012.

⁹⁹ SSTJCE Segoura (As. 25/75), apdo. 5; Portaleasing (As. 784/79), apdo. 5; Estasis Salotti (As. 24/76), apdo. 7; y Tilly Russ (As. 71/93), apdo. 14; entre otras muchas.

misma, supondrán su sumisión tácita (art. 56.1º LEC). En sector que nosotros estamos considerando, dicho demandado suele ser el porteador, contra el que se interpone demanda en España por el destinatario de las mercancías o su aseguradora, cuando se le produjo un daño o perjuicio derivado del transporte marítimo de las mercancías en cuestión.

76. Mientras que CORDERO ÁLVAREZ define la sumisión tácita como un límite propio a la autonomía jurisdiccional de las partes¹⁰⁰, otro sector doctrinal, como GUZMÁN ZAPATER / HERRANZ BALLESTEROS, y FONTESTAD PORTALÉS, la define como un criterio de atribución de competencia que opera con posterioridad a la sumisión expresa y que la deja sin efecto¹⁰¹. En esencia el resultado es el mismo en ambos casos. Lo explicamos de la siguiente manera: dado un acuerdo de atribución de competencia formalmente válido y plenamente eficaz, si el destinatario de las mercancías interpone demanda contra el porteador en España (art. 56.1º LEC) y éste contesta a la demanda o no impugna mediante declinatoria en tiempo y forma la competencia judicial internacional, incurrirá en sumisión tácita (art. 26.1 Reglamento 1215/2012) determinando así la competencia de los tribunales españoles (arts. 22.1 bis LOPJ y 56.2º LEC)¹⁰². Ello se debe a que la sumisión tácita prevalece sobre la expresa¹⁰³ y procede aunque exista un acuerdo atributivo de competencia, es decir, la sumisión tácita es un fuero de competencia tanto en el Reglamento 1215/2012 como en la LOPJ y en la LEC, sin perjuicio de las competencias exclusivas¹⁰⁴.

77. En cualquier caso, no pretendemos en este trabajo hacer un estudio sistemático y profundo de la sumisión tácita, sino poner de relieve que, aun habiendo una cláusula de atribución de competencia inserta en un conocimiento de embarque formalmente válida, la sumisión tácita posterior del porteador implica la ineficacia de dicha cláusula¹⁰⁵ y que así lo ha venido considerando la jurisprudencia.

78. Por esta razón, al no estar afectado el transporte marítimo de mercancías ni por una competencia exclusiva ni por un supuesto especial de protección, cuya sumisión tácita presenta algunas peculiaridades, la única manera de desvirtuar la eficacia de la cláusula de atribución de competencia desde el punto de vista del sistema competencial del Reglamento, es intentar que el porteador se someta tácitamente a los tribunales españoles¹⁰⁶.

d) Límite general a la autonomía jurisdiccional de las partes

79. Al estudiar el ámbito material de aplicación del Reglamento 1215/2012 para analizar si el transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque era subsumi-

¹⁰⁰ C. I. CORDERO ÁLVAREZ, "Análisis metodológico...", cit., apdo. I, letra b).

¹⁰¹ M. HERRANZ BALLESTEROS / M. GUZMÁN ZAPATER, "La competencia judicial internacional en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 (I): ámbito de aplicación, foros objetivos y atribución de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes", p. 20 [Consultado en 04/01/2019]. Acceso en: http://www5.poderjudicial.es/CVcm/Temas4-6/Tema%204/Tema_4_ES.pdf; y L. FONTESTAD PORTALÉS, *El transporte...*, cit., p. 503.

¹⁰² Téngase en cuenta al estudiar la sumisión tácita que, dado el momento en que fueron dictadas algunas de las resoluciones citadas, el actual art. 56 de la Ley 1/2000, que regula la sumisión tácita, era el art. 58 de la LEC de 1881. En cualquier caso, el contenido de ambos artículos es esencialmente el mismo.

¹⁰³ Sobre esta idea y sus consecuencias procesales, *vid.* WOLTERS KLUWER. "Sumisión procesal". [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE2OQUsDQOyFf-425CLK2FXqZy9oeCILELul1Oxt3gtOkzmTW7r93dD0YCPngvTzeZ6E0d3Q1dypnznxTmuZ9LbeXpJ4yRsiqMxn16V-CYNhn1wB6Kxh36hfmiTrsK2saKLVzJVPD-ELZPawgB_064sQjGqu0mJYsHga3f2t-5n6z2m5hopSrwb3ySGIEKD5ococ1BB7DU11bPjNh8uEZR3IHyc96h_lyhSgftdLpV_xvbltZje1NFg18rHeHRo8YSYa_Qt8NuMtSCgEAAA=WKE.

¹⁰⁴ AAP de Pontevedra núm. 81/2001, de 19 de mayo, FJ. 5; a propósito de sumisión tácita de un porteador.

¹⁰⁵ C. I. CORDERO ÁLVAREZ, "Análisis metodológico...", cit., apdo. III.

¹⁰⁶ Hemos encontrado varias resoluciones en las que, existiendo una cláusula de atribución de competencia inserta en un conocimiento de embarque que en principio resultaría formalmente válida y eficaz, el porteador ha realizado alguna actuación procesal que ha supuesto su sumisión tácita a los tribunales españoles. Se trata, en cualquier caso, de un número minoritario de resoluciones, pero que deben tenerse en cuenta, pues suponen la diferencia entre litigar en España o donde señale la cláusula. Dichas resoluciones son las siguientes: SSAP de Barcelona, de 17 de octubre de 1994; de 29 de diciembre de 1999; de 12 de mayo de 2000; y núm. 397/2004, de 15 de septiembre; de Valencia núm. 260/2001, de 4 de mayo; y núm. 21/2006, de 25 de enero; y de Pontevedra núm. 335/2003, de 12 de mayo; y AAP de Vizcaya núm. 774/2000, de 26 de septiembre, y de Cádiz núm. 232/2000, de 3 de octubre.

ble en dicho Reglamento, decíamos que no había límites materiales y que jurisdiccionalmente, solo hay un límite general a la autonomía jurisdiccional de las partes.

80. Dicho límite ha sido puesto de manifiesto por ESPINAR VICENTE¹⁰⁷, cuando habla de las variantes que puede adoptar la sumisión expresa, y por nosotros, cuando afirmamos que la *derogatio fori* del tribunal en principio competente implica necesariamente la *prorrogatio fori* de otro tribunal. Lo anterior quiere decir que la derogación de la competencia de un tribunal se configura como un efecto no autónomo, pues sin prorrogar la competencia de otros tribunales no se puede alterar el juego de los demás foros del Reglamento¹⁰⁸. Dicho de otra manera, sin designar tal alternativa, ello supondría dejar al supuesto de hecho litigioso “huérfano” de jurisdicción, lo que evidentemente no resulta admisible ni se ha apreciado en las sentencias y autos estudiados¹⁰⁹.

81. En definitiva, este es el único límite que hemos apreciado, aunque sea desde un punto de vista meramente teórico, y que resulta aplicable a la autonomía jurisdiccional de las partes, no solo en acuerdos de atribución de competencia insertos en conocimientos de embarque, sino en cualquier clase de acuerdo de atribución de competencia. Sin embargo, es de señalar que ningún porteador que desee la plena eficacia y validez formal de un acuerdo de atribución de competencia, va a realizar una *derogatio fori* sin su correspondiente *prorrogatio fori* y así se puede constatar en los autos y sentencias estudiadas¹¹⁰.

III. Vinculación entre el tribunal designado y la relación jurídica litigiosa

82. En ocasiones se cuestiona la validez y eficacia de la cláusula de atribución de competencia sobre la base de que el tribunal designado en la cláusula y el contrato de transporte marítimo no presentan ningún vínculo. Este planteamiento es totalmente lógico y razonable¹¹¹ y es que, el hecho de que el contrato de transporte no presente vínculos con el tribunal del Estado designado en la cláusula de atribución de competencia, es un “*argumento de cierta entidad*”¹¹².

¹⁰⁷ J. M^a. ESPINAR VICENTE, *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2008, p. 308.

¹⁰⁸ J. M^a. ESPINAR VICENTE, *Tratado...*, cit., p. 308. En nuestro caso, a falta de acuerdo de atribución de competencia, entrarían en juego el fuero general del domicilio del demandado (arts. 4 a 6 Reglamento 1215/2012) y los fueros especiales *ratione materiae* (arts. 7 a 9 Reglamento 1215/2012). Por ello, si lo que se desea es que el proceso se celebre en un Estado miembro de la UE distinto de España, lo que procederá es un acuerdo de atribución de competencia en el que se designe la jurisdicción de ese otro Estado, derogando implícitamente la jurisdicción de los tribunales españoles competentes inicialmente en base a los mencionados foros generales y especiales.

¹⁰⁹ Cuando decimos que la *derogatio fori* sin su correlativa *prorrogatio fori* no resulta admisible, entendemos no que no sea posible (porque materialmente sí lo es), sino que directamente se tendría por no puesta la cláusula y entrarían en juego el fuero general del domicilio del demandado y los fueros especiales *ratione materiae*, a elección del actor.

¹¹⁰ Precisamente se llega al recurso de apelación porque normalmente el destinatario de las mercancías o su aseguradora, habiendo visto estimada la declinatoria del porteador tras haberle demandado en España, sigue discrepando de la *prorrogatio fori* del tribunal del Estado miembro de la UE designado en la cláusula de atribución de competencia, mientras que el porteador sigue defendiendo en segunda instancia su validez formal y oponibilidad. También puede ser que el porteador haya visto desestimada su declinatoria en primera instancia y se proponga en segunda lograr la estimación de aquélla. En cualquier caso, lo que se pretende poner de relieve es la voluntad del porteador de conseguir la eficacia de la cláusula de atribución de competencia.

¹¹¹ Creemos que fue totalmente legítimo plantear en su momento si la falta de vinculación “tribunal designado-relación jurídica litigiosa”, podía afectar a la validez y eficacia de la cláusula de atribución de competencia, sobre todo en transportes marítimos internacionales en los que concurren partes de muy diversos lugares del mundo. Si se es experto en Derecho Marítimo y Procesal, el planteamiento de esta duda nos parece que constituía una buena estrategia procesal, más razonable y coherente que otros motivos que podrían alegarse. Si, por el contrario, se es lego en la materia, la duda es más que razonable y comprensible cuando observamos que nos pueden llevar a litigar lejos de un fuero conocido y al que estamos habituados.

¹¹² AAP de Madrid núm. 143/2009, de 21 de julio, FJ. 3. En esta resolución, la Audiencia reconoce una cierta relevancia al hecho de que el contrato de transporte (entrega de mercancías en España) y el Estado designado en la cláusula de atribución de competencia (Reino Unido), no presenten ningún vínculo. Seguidamente, y como se expondrá a lo largo del presente apartado, la jurisprudencia concluye que dicha ausencia de vínculo no es relevante a efectos de analizar la validez y eficacia de la cláusula de acuerdo con el Reglamento 1215/2012.

83. En síntesis, lo expuesto ahora consiste en cuestionar la validez y eficacia de la cláusula de atribución de competencia, alegando que el tribunal designado no presenta ninguna relación con el objeto del litigio y/o con las partes del mismo. Podríamos, por tanto, plantear la ausencia de dicho punto de conexión como causa de ineficacia de la cláusula, alegando que el cumplimiento del contrato se realiza en España, que nuestra contraparte es una parte domiciliada en España, que la misma tiene sede en nuestro país, o que las mercancías fueron cargadas en España.

84. La respuesta a esta cuestión la encontramos tanto en la jurisprudencia del TJUE, como en nuestra jurisprudencia patria. La jurisprudencia del TJUE parte de la idea según la cual el art. 25 del Reglamento 1215/2012 hace abstracción de cualquier elemento de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado, por lo que la elección del tribunal sólo puede apreciarse en base a las exigencias que establece el art. 25 del Reglamento 1215/2012¹¹³. Esto significa que el Reglamento hace prevalecer la voluntad de las partes sobre dichos elementos configurando una competencia exclusiva, salvo pacto en contra. Tampoco se puede realizar un examen adicional sobre la justificación de la cláusula ni del objetivo o finalidad buscada por la parte que la insertó¹¹⁴.

85. Precisamente porque se permite la designación de un tribunal independientemente de los puntos de conexión que existan con el mismo, se exige que la cláusula de atribución de competencia cumpla con alguno de los requisitos formales estrictos que establece el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012¹¹⁵, que tienen por finalidad garantizar la seguridad jurídica y asegurar el consentimiento de las partes. Además, vincular la validez y eficacia de estas cláusulas a la posible relación entre el tribunal designado y el objeto del litigio supondría exigir un requisito adicional para enjuiciar las citadas cláusulas, lo que no resulta admisible de acuerdo con el Reglamento 1215/2012 y con la jurisprudencia del TJUE¹¹⁶.

86. Por su parte, nuestra jurisprudencia patria, siguiendo los argumentos señalados en el párrafo anterior, realiza una serie de precisiones que debemos destacar. En primer lugar, señala que la falta de conexión con el tribunal designado no es motivo suficiente para cuestionar la atribución competencial (AAP de Madrid núm. 180/2012, de 21 de diciembre, FJ. 6; y núm. 34/2015, de 9 de febrero, FJ. 4)¹¹⁷. Tenemos que matizar que, no es que dicho motivo no sea suficiente para impugnar la validez y eficacia de la cláusula de atribución de competencia, es que directamente no es admisible como motivo¹¹⁸. En segundo lugar, señala que nuestros tribunales no pueden examinar ninguna clase de vínculo personal y/o material entre el tribunal designado y la relación jurídica litigiosa (SAP de Pontevedra núm. 13/2002, de 14 de enero, FJ. 5).

87. En resumen, no se puede cuestionar la validez y eficacia de una cláusula de atribución de competencia inserta en un conocimiento de embarque por el mero hecho de que ni las partes ni el objeto del litigio presenten vínculos de ningún tipo, ya sean personales, materiales o geográficos, con el tribunal designado por estas cláusulas, pues no lo exige ni el Reglamento 1215/2012 ni su jurisprudencia interpretativa.

¹¹³ Esta abstracción se ha mantenido invariable desde el Convenio de Bruselas de 1968 y sus modificaciones, hasta el actual Reglamento 1215/2012. En este sentido se pueden consultar las SSTJCE Zelger (C-56/79), apdo. 3; Benincasa (C-269/95), apdo. 28; MSG (C-106/95), apdo. 34; y Castelletti (C-159/97), apdos. 49 a 52.

¹¹⁴ STJCE Castelletti (C-159/97), apdo. 51.

¹¹⁵ STJCE MSG (C-106/95), apdo. 34.

¹¹⁶ Los Estados miembros de la UE no están facultados para establecer requisitos adicionales de ningún tipo, más allá de lo que establece el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012.

¹¹⁷ Otras resoluciones que presentan idéntica o similar argumentación son los Autos núm. 287/2001, de 10 de septiembre y núm. 131/2003, de 22 de diciembre, de la AP de Cádiz; núm. 2/2006, de 13 de enero y núm. 159/2011, de 20 de octubre, de la AP de Las Palmas; y núm. 143/2009, de 21 de julio, núm. 5/2012, de 16 de enero, núm. 180/2012, de 21 de diciembre y núm. 140/2014, de 19 de septiembre, de la AP de Madrid; así como las SS núm. 13/2002, de 14 de enero, de la AP de Pontevedra; núm. 38/2006, de 6 de febrero, de la AP de Valencia; y núm. 20/2016, de 19 de septiembre, de la AP de Pontevedra.

¹¹⁸ La AP de Madrid lo que hace es argumentar de una manera diplomática la imposibilidad de alegar dicho motivo, pero podría haber dicho directamente que no resulta admisible como motivo de recurso, por no estar contemplada la exigencia dicho vínculo por el Reglamento 1215/2012.

IV. Aplicabilidad proyectada del art. 468 LENMAR

88. Teniendo claro el tipo de transporte en el que surgen estas cláusulas y la norma de referencia a nivel europeo, el paso final es analizar el Derecho nacional aplicable en nuestro caso o, lo que es lo mismo, la Ley de Navegación Marítima. El Capítulo Primero del Título IX de la Ley de Navegación Marítima¹¹⁹ contiene las llamadas especialidades de jurisdicción y competencia. Dos son los artículos que la Ley dedica a esas especialidades¹²⁰, siendo el art. 468 el que más problemas de interpretación está planteando de cara al futuro de las cláusulas de jurisdicción. El problema en discusión no es otro que la oponibilidad a terceros de las citadas cláusulas¹²¹, que trataremos más adelante al hilo de la aplicabilidad futura del mencionado artículo. Con este propósito, tenemos que realizar una lectura conjunta del art. 468 LENMAR con el art. 251 del mismo texto.

89. Debido a que la LENMAR fue promulgada el 14 de julio de 2014, publicada en el BOE el 25 de julio y en vigor desde el 25 de septiembre de ese mismo año, han visto la luz pocas resoluciones aplicando e interpretando¹²² un artículo tan problemático en la práctica como interesante desde el punto de vista doctrinal¹²³.

90. En esta parte final vamos tratar de proyectar en el futuro la aplicación del art. 468 LENMAR, atendiendo a las diferentes posiciones doctrinales sobre el mismo hasta el momento presente, la mayoría a su favor en España, y teniendo siempre en cuenta que solo los pronunciamientos judiciales futuros resolverán definitivamente la cuestión¹²⁴.

1. Planteamiento general del problema

91. Los arts. 251 y 468 LENMAR son dos artículos cuya razón de ser y problemática debe ser tratada mediante una lectura conjunta de ambos preceptos. El art. 251 LENMAR¹²⁵, regulador de la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, dispone que la transmisión del mismo:

¹¹⁹ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014, pp. 59193 a 59311. Referencia: BOE-A-20147877.

¹²⁰ El art. 469 LENMAR, regulador de los criterios de atribución de competencia, es el segundo precepto de las especialidades procesales que operará cuando las partes no hayan introducido válidamente una cláusula de atribución de competencia, es decir, cuando hayamos aplicado el art. 468. Así, se establece que serán competentes, a elección del actor, los tribunales del domicilio del demandado, los del lugar de celebración del contrato o los del puerto de carga o descarga. Para DEL CORTE, estos preceptos constituyen una solución especial distinta del régimen general de la LOPJ. En este sentido *vid.* J. DEL CORTE, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Comentarios sobre la Ley de navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 754.

¹²¹ Dado que la oponibilidad a terceros no es un tema que vaya a ser tratado en profundidad en el presente estudio, nos remitimos a V. FUENTES CAMACHO / R. SANZ ABASCAL, “¿Puede afectar una cláusula de sumisión a una aseguradora que alega no haberla suscrito?”, *Diario La Ley*, Nº 6390, 2005; y T. FERNÁNDEZ QUIRÓS, “Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque”, en VV. AA., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 429-440.

¹²² Nos referimos a sentencias y autos de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo.

¹²³ La AP de Valencia realiza unas valiosas consideraciones que nos permiten entender mejor la problemática y tratamiento que podría recibir esta cuestión: “(...) el examen de la cuestión relativa a la eficacia (...) de una (...) cláusula de sumisión (...) y la eventual extensión de sus efectos (...) debe realizarse (...) para cada supuesto fáctico (...) en que se ha de proceder a la constatación de los diversos aspectos que permitan obtener la conclusión más ajustada a derecho. No siempre (...) la inclusión de la cláusula (...) puede tener por efecto la derogación de la jurisdicción de los Tribunales españoles (...). No cabe desconocer (...) la polémica actual y pareceres contradictorios en torno al alcance y efectos de los artículos 468 y 469 de la [LNM] en relación con el art. 251 (...) que resulta de diversos trabajos doctrinales (...)” (AAP de Valencia núm. 1243/2016, de 27 de julio, FJ. 4; núm. 1244/2016, de 27 de julio, FJ. 4; y núm. 615/2017, de 15 de mayo, FJ. 3). Coincidimos plenamente con dicha Audiencia en que el análisis de la validez y eficacia de una cláusula de jurisdicción debe hacerse caso a caso y en función de la valoración de sus concretas circunstancias, siempre, eso sí, aplicando la normativa adecuada al supuesto.

¹²⁴ Un excelente repaso de las sentencias más destacadas del Tribunal Supremo hasta el año 2009 puede consultarse en P. MARTORELL ZULUETA, “La Jurisprudencia española sobre las cláusulas de sumisión en el tráfico marítimo a la luz del derecho comunitario europeo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, nº. 26, 2009, pp. 157-183. En este trabajo la magistrada analiza y explica las resoluciones más relevantes sobre la materia, que han sido dictadas tanto en cláusulas jurisdiccionales como en cláusulas arbitrales.

¹²⁵ Sobre este artículo de la LENMAR, *vid.* I. ARROYO MARTÍNEZ, “Artículo 251. Eficacia traslativa”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / J. A. RUEDA MARTÍNEZ (Coords.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de navegación marítima*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 841 y 842.

“producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías (...). El adquirente (...) adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción (...), que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX”¹²⁶.

92. Se consagra así la eficacia traslativa del conocimiento de embarque, salvo por lo que respecta a las cláusulas de jurisdicción, cuyo consentimiento, según la LENMAR, debe expresarse en la forma que prescribe el Capítulo I del Título IX de dicha Ley. Esta eficacia traslativa del conocimiento de embarque contrasta con la que regulaba el art. 708 del ya derogado Libro III del Código de Comercio y que disponía que *“aquel a quien se transfiera el conocimiento adquirirá sobre las mercaderías expresadas en él todos los derechos y acciones del cedente o del endosante”*.

93. Podemos concluir de la lectura del art. 251 LENMAR que el adquirente del conocimiento de embarque sucederá al cargador en todos sus derechos y acciones de forma automática, pero para suceder en la cláusula de jurisdicción habrá que atender a lo dispuesto en el otro artículo que comentamos seguidamente.

94. El art. 468 LENMAR, precepto que podría ser considerado de carácter proteccionista y calificable de vuelta al imperialismo jurisdiccional¹²⁷, dispone que:

“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 o a 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 separadas e individualmente.

En particular, la inserción de una cláusula (...) en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos (...) no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos (...).”

95. La redacción de dicho artículo plantea problemas interpretativos de importantes consecuencias en la práctica y ha dividido a la doctrina entre quienes consideran que resulta aplicable y quienes no. De esto nos ocupamos en los siguientes apartados.

2. Sobre la posible aplicabilidad del art. 468 LENMAR

96. Entre quienes se han aventurado a afirmar la posible aplicabilidad y alcance del art. 468 LENMAR, se encuentra GABALDÓN GARCÍA¹²⁸. Para este autor el precepto citado podría suponer la invalidez de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque cuando aquéllas designen órganos judiciales situados fuera de la UE o de la EFTA y no hayan sido negociadas separada e individualmente. Prosigue el autor señalando que el mismo razonamiento puede realizarse cuando se designe un tribunal de la UE o de la EFTA, pues la LENMAR lo que ha hecho es aprovechar las posibilidades que ofrecía la STJCE Coreck¹²⁹. Hay que indicar que GABALDÓN GARCÍA no da por hecho la aplicabilidad del art. 468 LENMAR, sino que, a la luz de la lectura de dicho artículo, plantea la posible aplicabilidad del mismo y se remite a las futuras resoluciones judiciales que se dicten en la materia. Consideramos, por tanto, que es una posición prudente y coherente con la dicción del precepto.

¹²⁶ Para FERNÁNDEZ ROZAS la redacción de este precepto *“no parece excesivamente feliz (...), 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”*. Para un mayor desarrollo, *vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2018, p. 362.

¹²⁷ Para una lectura completa de esta idea *vid.* J. M^a. ALCÁNTARA, “¿De nuevo, el «nacionalismo» marítimo español?”, *Derecho de los Negocios*, nº 223, 2009, p. 23.

¹²⁸ J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Compendio de Derecho Marítimo español*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 256.

¹²⁹ STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-387/98, Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros.

97. El argumento de este autor es la base sobre la que la doctrina y los profesionales del sector en España están argumentando que debido a la LENMAR se ha puesto fin al automatismo con el que venían admitiéndose estas cláusulas. No le falta razón a esta posición doctrinal, pues es verdad que la STJCE Coreck¹³⁰ pareció dejar abierta esta vía al señalar que:

*“en la medida que la cláusula atributiva de competencia es válida (...) en la relación entre el cargador y el porteador, dicha cláusula puede ser invocada frente al tercero, tenedor del conocimiento, desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tenedor (...) se subroga en los derechos y obligaciones del cargador”*¹³¹.

98. También con base en el argumento del autor comentado, SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN¹³² va un paso más allá y afirma contundentemente que los tribunales españoles que enjuicien la cláusula de jurisdicción deberán partir de lo establecido en el art. 468 LENMAR. En segundo lugar, considera que las sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la ratificación del Convenio de Bruselas de 1968, no podrán servir de base a nuestros juzgados a la hora de afirmar la efectiva existencia del uso consistente en incluir estas cláusulas.

99. La conclusión, de acuerdo con esta posición doctrinal, es que el art. 468 LENMAR en relación con el art. 251¹³³, aprovechando el margen reconocido al Derecho nacional aplicable por la STJCE Coreck, habría eliminado la posibilidad de que el tercero tenedor del conocimiento de embarque quede sujeto por una cláusula de jurisdicción sobre la que no ha prestado su consentimiento individual y separado del resto de cláusulas. En este sentido se pronuncia el Auto núm. 218/2016, de 21 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona. En el presente caso, la Audiencia aplica el art. 468 LENMAR, en relación con el art. 251 de la misma norma, para desestimar en apelación la declinatoria del porteador al entender que la LENMAR ha acogido la posibilidad que venía dada por la jurisprudencia comunitaria o, en palabras de la Audiencia, *“(...) la nueva LNM modifica el régimen de oponibilidad de las cláusulas de sumisión a lo terceros que no son parte en el contrato (el destinatario que recibe el conocimiento de embarque del cargador y los sucesivos tenedores) (...)”*¹³⁴. Entendemos que la eficacia traslativa del conocimiento de embarque ha de realizarse con arreglo (...) al artículo 251 LNM (...). Así, considera la Audiencia que la cláusula de jurisdicción no es extensible al tercero tenedor del conocimiento de embarque. Consideramos que se trata de una resolución más que cuestionable, pues obvia tanto el art. 25 Reglamento 1215/1012 como su jurisprudencia interpretativa de referencia (especialmente las SSTJUE Coreck Maritime, Tilly Russ y Castelletti), así como nuestra mejor doctrina procesalista y mercantilista. Contrariamente a esta posición, aunque de instancia, encontramos el Auto núm. 295/2016, de 13 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid¹³⁵. Dicha resolución estima la declinatoria del

¹³⁰ Para un análisis en profundidad de la citada resolución, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Cláusula de elección de foro, conocimiento de embarque y artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. (1)”, *Diario La Ley*, núm. 9, 2000, pp. 1402-1410.

¹³¹ STJCE Coreck, apdos. 23 a 27. En esta sentencia se citan otras dos importantes resoluciones del TJUE: Tilly Russ adpo. 24 y Castelletti adpo. 41.

¹³² A. M^º. SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN, “La Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos”, *Diario La Ley*, núm. 8802, 2016, pp.10 y 11. Al margen de que no podemos compartir este razonamiento, por las razones que se expondrán al hablar de la inaplicabilidad del art. 468 LENMAR, la autora denuncia una situación de desigualdad contractual *inter partes* que es, sin duda, un problema frecuente en estos contratos y que compartimos plenamente.

¹³³ Sobre las posibilidades que ofrece el art. 251 LENMAR, en función de si resultase aplicable o no, *vid.* J. DEL CORTE, “Especialidades...”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dirs.), *Comentarios...*, cit., pp. 766-768.

¹³⁴ En este sentido, *vid.* I. ARROYO, “La protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, nº 20, 2013, pp. 25 y ss. Para este autor, la validez de las cláusulas objeto de estudio ha sufrido un importante cambio con los nuevos requisitos que establece el art. 468 LENMAR.

¹³⁵ Otras resoluciones actuales en este sentido han sido ya tratadas por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas...”, cit., pp. 364 y 365. En ellas, prevalece el art. 25 del Reglamento 1215/2012, desplazando al art. 468 LENMAR, y se mantiene la oponibilidad a terceros de las cláusulas de jurisdicción (AAP de Pontevedra, núm. 523/2017, de 16 de octubre). También se cita un Auto del Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid, en el que no vamos a entrar aquí por ser de instancia, aunque apunta la línea jurisprudencial que podría seguirse en el futuro.

porteador y la considera válida basándose en los Autos núm. 143/2009, de 21 de julio y núm. 60/2010, de 23 de abril de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, así como extensible al tercero en base a la STJUE Refcomp (C-543/10), con acertados argumentos. Nótese que la Audiencia Provincial de Barcelona basa su fundamentación en función del sujeto que acciona contra el porteador. Así las cosas, si quien acciona es el cargador, haya o no firmado el conocimiento de embarque, considera la Audiencia que aplica el Reglamento 1215/2012 sin lugar a dudas. Tenemos que decir que este argumento es del todo lógico y no aporta gran novedad, pues en este caso no existe ningún tercero a quien oponer la cláusula de prórroga de jurisdicción: la relación jurídica será exclusivamente entre cargador y porteador. Por otro lado, cuando quien acciona es el destinatario de las mercancías o los sucesivos tenedores del conocimiento, entonces considera la Audiencia que sí resulta aplicable el art. 468 LENMAR en relación con el art. 251 de la misma norma. Argumentación, todo sea dicho, que no podemos compartir por las razones que se explican más adelante al hablar de la no aplicabilidad de la LENMAR¹³⁶.

3. Sobre la posible inaplicabilidad del art. 468 LENMAR

100. A continuación se exponen tres argumentos por los cuales podemos afirmar que el art. 468 LENMAR no resultaría aplicable a las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque cuando el tribunal designado se encuentre en cualquier Estado miembro de la UE. Para una mejor comprensión se ha separado la razón esencial en tres apartados. Dicha razón esencial radicaría en la primacía del Derecho de la UE y, consecuentemente, en la imposibilidad de los Estados miembros de establecer requisitos adicionales a los previstos por la normativa comunitaria, a lo que hay que añadir la circunstancia de ir en contra de la práctica habitual del sector¹³⁷.

A) Primacía del Derecho Internacional General y del Derecho de la Unión Europea

101. La afirmación de que el art. 468 LENMAR no resultaría aplicable derivaría de su propia dicción cuando señala que las cláusulas serán nulas si no han sido negociadas separadas e individualmente, “*sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y de las normas de la Unión Europea*”. Esto nos lleva directamente a realizar una breve reflexión sobre las fuentes del Derecho Marítimo y a una lectura conjunta del art. 468 LENMAR con el art. 2 de la misma ley. En efecto, ambos artículos consagran la primacía del Derecho Internacional General y del Derecho de la Unión Europea y, además, el art. 2 LENMAR señala que dicha norma se aplicará en tanto no se oponga a lo dispuesto por los tratados internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea y que, en todo caso, para la interpretación de las normas contenidas en dicha Ley se atenderá a la regulación contenida en los tratados internacionales vigentes en España y la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la misma.

102. De esta lectura conjunta podemos extraer la conclusión de que la primera fuente del Derecho Marítimo¹³⁸ son los tratados internacionales vigentes en España y las normas de la UE, así como que la LENMAR será aplicada cuando no se oponga al Derecho Internacional y de la Unión Europea,

¹³⁶ Otra cuestión diferente sería si, por ejemplo, el transporte no llega a realizarse por resolución de mutuo acuerdo *inter partes* por prestación defectuosa de un servicio anexo o complementario al mismo. En este sentido, no procede invocar los términos y condiciones generales (entre ellos la cláusula de atribución de competencia) de un transporte que no llegó a realizarse por haberlo decidido así las partes, como con gran acierto señala la AP de Valencia en su Auto núm. 1885/2016, de 28 de diciembre, FJ. 3.

¹³⁷ Sobre esta última idea el Consejo de Estado señaló que, en relación con el art. 468, “(...) *valora positivamente la intencionalidad y finalidad de la norma proyectada, pero no puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que se opone frontalmente a la práctica habitual y generalizada seguida en el tráfico y que previsiblemente tendrá una eficacia muy dudosa*”. Para la consulta del Dictamen, *vid. BOE*. Dictámenes del Consejo de Estado, Procedencia Justicia, núm. de expediente 449/2013, de 24 de julio de 2013.

¹³⁸ J. L. GABALDÓN GARCÍA, *Compendio...*, cit., pp. 19-21. Para un estudio en profundidad de las fuentes del Derecho se pueden consultar, entre otros muchos, I. ARROYO MARTÍNEZ, “Artículo 2. Fuentes e interpretación”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / J. A. RUEDA MARTÍNEZ (Coords.), *Comentarios...*, cit., pp. 83- 86; A. B. CAMPUZANO / E. SANJUÁN, “El Derecho Marítimo en España. La Ley de Navegación Marítima”, en A. B. CAMPUZANO / E. SANJUÁN (Dirs.), *Comentarios...*cit., pp. 36- 38; y J. L. PULIDO BEGINES, *Curso...*, cit., pp. 36- 40.

así como que su interpretación se hará conforme a dichas normas supranacionales con la finalidad de uniformizar la regulación de las materias tratadas. Por tanto, desde la perspectiva de la primacía del Derecho de la UE, no parece posible afirmar la aplicación de la LENMAR cuando la cláusula designe un tribunal sito en cualquier Estado miembro de la UE, por la primacía del Reglamento 1215/2012 sobre la LENMAR, recudiendo el ámbito de aplicación de ésta¹³⁹.

B) Interpretación alternativa de la STJCE Coreck en relación con la primacía del Derecho de la UE

103. Quien suscribe estas líneas considera posible otra interpretación de la STJCE Coreck, diferente de la que se ha realizado hasta ahora. En este sentido, si bien es verdad que la STJCE Coreck pareció dejar abierta la posibilidad de limitar la eficacia de las cláusulas atributivas de competencia vía Derecho nacional aplicable, esto resulta discutible si entendemos que dicha posibilidad implica la facultad de los Estados miembros de establecer requisitos adicionales a los que establece el art. 25 del Reglamento 1215/2012.

104. La sentencia señalaba que la cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque será oponible frente al tercero tenedor del conocimiento si éste había sucedido al cargador de acuerdo con el Derecho nacional aplicable. De esto se deducía, aplicando el art. 708 del derogado Código de Comercio, que la cláusula era oponible a dicho tercero y, en su caso, a su aseguradora de acuerdo con el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro¹⁴⁰. Habiendo sucesión, por tanto, resultaba indiferente que el tercero hubiese prestado o no su consentimiento para quedar vinculado por la cláusula¹⁴¹. En la actualidad el problema surge porque la LENMAR dispone en su art. 251 que el tercero sucede al cargador en todos sus derechos y acciones, pero no en lo relativo a las cláusulas de jurisdicción que, remitiéndose al art. 468 de la misma Ley, deben ser negociadas separadas e individualmente.

105. Aun considerando aplicable el art. 468 LENMAR en relación con el art. 251, entendiendo que la sentencia deja ese margen al Derecho nacional aplicable, la STJCE Coreck señala que si el tercero tenedor no ha sucedido de acuerdo con el Derecho nacional aplicable, como sucede en la LENMAR, se deberá analizar su consentimiento, pero no a la luz de dicho Derecho interno sino de acuerdo con la norma comunitaria (ahora el art. 25.1 Reglamento 1215/2012)¹⁴². Esto significa que si aplicamos el art. 251 LENMAR y consideramos que el tercero tenedor no ha sucedido al cargador por lo que respecta a la cláusula de jurisdicción, deberemos analizar dicho consentimiento a la luz del art. 25.1. c) Reglamento 1215/2012 y no en base al art. 468 LENMAR¹⁴³.

¹³⁹ Sobre la idea de eficacia limitada del art. 468 LENMAR, *vid.* M. GÓMEZ JENÉ, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2014, p. 115; A. ZURIMENDI ISLA, “El contrato de fletamento: documentación”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE, (Dir.), *Comentarios...*, cit., p. 372; y J. M. GONZÁLEZ PELLICER, “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *Diario La Ley*, núm. 8354. 2014, apdo. II.4.b).

¹⁴⁰ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980. Referencia BOE-A-1980-22501.

¹⁴¹ H. AGUILAR GRIEDER, “Cláusula de elección...” cit., apdo. VI.

¹⁴² STJCE Coreck apdo. 26.

¹⁴³ Queremos dejar indicados unos interesantes casos de oponibilidad a una aseguradora por parte de un transitario que actuaba como porteador contractual (Auto núm. 324/2017, de 16 de octubre, de la AP de Pontevedra), papel que también podría asumir un consignatario de buques y, en consecuencia, ampararse en la cláusula de jurisdicción. En la resolución ahora citada, la transitaria asumió el transporte de una mercancía frente al comprador/cargador y para ello contrató con una naviera-porteadora efectiva. Verificado un problema de descongelación, la aseguradora subrogada en la posición del cargador acciona contra la transitaria y ésta opone la cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque de la naviera. En primer lugar, la Audiencia señala que el Reglamento 1215/2012 desplaza a la LENMAR. En segundo lugar, señala que la responsabilidad exigida por la aseguradora se basa en la equiparación de responsabilidad que el art. 278 LENMAR hace entre el transitario y el porteador efectivo, disponiendo que “*si lo que se exige al transitario es la responsabilidad solidaria que la ley le impone con quien realiza personalmente el transporte por sus propios medios (...) y si este último contrata, de manera conocida (...) con cláusulas de jurisdicción, resulta lógico entender que las condiciones contractuales del transportista resultan también aplicables a quien por ley es su garante solidario, frente a quien encargó el transporte*”. En un caso similar, aunque con distintas partes, podemos citar la Sentencia núm. 20/2016, de 19 de enero, de la misma Audiencia. En dicho caso, la aseguradora basó

106. Todo ello se justificaría por la imposibilidad de los Estados miembros de establecer requisitos adicionales a los que establece el Reglamento comunitario¹⁴⁴, lo que, en cierto sentido, parece hacer el art. 468 LENMAR al exigir una negociación individual y separada que el Reglamento no exige para ningún tipo de cláusula atributiva de competencia esté o no inserta en un conocimiento de embarque. Por tanto, lo que parecería más razonable a afectos de comprobar el consentimiento del tercero tenedor del conocimiento, sería realizar una lectura del art. 25.1.c) Reglamento 1215/2012 y analizar si nos encontramos con un sujeto que actúa en el comercio internacional y que conoce o debiera conocer la inserción de las cláusulas atributivas de competencia como uso ampliamente conocido y observado por las partes en dicho sector¹⁴⁵.

107. Por último, consideramos interesante traer a colación dos de las posiciones más críticas sobre los arts. 251 y 468 LENMAR que han sido mantenidas por ZURIMENDI ISLA¹⁴⁶ y por IRACULIS ARREGUI. Para el primer autor, el art. 468 LENMAR constituye una excepción de dudoso fundamento al régimen comunitario e internacional y se aplicará, como hemos dicho ya nosotros, si no es de aplicación un Tratado internacional o legislación comunitaria. Señala que la interpretación que pretende dar prioridad a los mencionados artículos, aun cuando se deba aplicar la normativa y jurisprudencia comunitarias, resulta carente de base legal y técnica. Dicha interpretación, según el autor, respondería a los indisimulados intereses de la abogacía española y de las aseguradoras de nuestro país y es insostenible en un país como España que apoya el libre comercio, la economía de mercado y está integrado en el mercado único europeo.

108. Continúa señalando que, si el fuero elegido tiene un punto de conexión real con el caso o con la situación empresarial del porteador y que la elección de dicho fuero se debe al objetivo de centralizar todas las reclamaciones que los clientes puedan hacer reduciendo así los costes de gestión, entonces no se aplicarían los artículos mencionados, pues no habría abuso en la elección del fuero. Solo cuando falte esta explicación económico-lógica puede aparecer el ánimo de obstaculizar o impedir las reclamaciones, lo que motivaría el abuso y la aplicación del art. 468 LENMAR¹⁴⁷. En la línea con lo

su acción en la equiparación de responsabilidad que hacía el art. 379 del Código de Comercio, asemejable en esencia al art. 278 LENMAR, y dispuso que la aseguradora “*demanda al transitario por entender que debe responder de los daños (...) al haberse encargado (...) del transporte (...) y ser (...) la que asumió los riesgos*”. Por ello, la aseguradora no puede “*impedir al transitario de su derecho a valerse de las cláusulas previstas en ese mismo conocimiento de embarque, que le resultan extensibles no solo para lo que interesa (...), sino en su conjunto (...)*”. Finalmente, aplicando los arts. 247 del Código de Comercio y 1.148 del Código Civil, llegó a la misma solución el Auto núm. 1620/2016, de 8 de noviembre, de la AP de Valencia, FJ. 4. En este caso, sin embargo, es el cargador quien acciona directamente contra la transitaria, quien actuó en calidad de intermediario contratando el transporte en nombre del cargador-comitente, produciendo efectos entre comitente y naviera.

¹⁴⁴ Al ser una norma de Derecho derivado, vinculante, típica, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros de la UE (arts. 288 del TFUE y 81 del Reglamento 1215/2012), los Estados miembros no pueden reducir, aumentar o matizar las exigencias para la validez de las cláusulas de atribución de competencia cuando resulte aplicable el Reglamento. En este sentido se pronuncia nuestro Alto Tribunal, entre otras, en las SS. núm. 697/2005, de 29 de septiembre de 2005, FJ. 1; y núm. 428/2008, de 27 de mayo, FJ. 2, con cita de importante doctrina del TJUE. Esto se relaciona también con la idea antes apuntada de la primacía del Derecho de la UE.

¹⁴⁵ Sobre la prestación del consentimiento del tercero tenedor del conocimiento de embarque cuando el Derecho nacional aplicable considera que aquél no sucedió al cargador en sus derechos y acciones, *vid.* E. TORRALBA MENDIOLA, “Las especialidades procesales en la Ley de navegación marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N.º. 16, 2015, p. 127. La autora señala la idea de que la falta de sucesión del tercero exigirá la verificación de su consentimiento en los términos previstos en el Reglamento 1215/2012. Por lo que respecta a la jurisprudencia, el Auto núm. 1243/2016, de 27 de julio, de la AP de Valencia, FJ. 4 parece hacer esta consideración, cuando considera que no quedó probado que ambas partes confirmaran la cláusula de jurisdicción y tampoco considera probado que el demandante operase habitualmente en el sector y debiera conocer el uso de incluir dichas cláusulas. Añade, además, que entre las comunicaciones *inter partes*, no resulta referencia alguna a la cláusula de jurisdicción. Se deduciría de lo ahora expuesto que la oponibilidad de la cláusula a terceros descansa sobre la fundamentación probatoria de que dicho tercero conoce el uso comercial consistente en incluir dichas cláusulas, así como que se hizo mención expresa de la cláusula en algún momento de la relación contractual y que así se hizo constar en algún documento contractual.

¹⁴⁶ Para una lectura desarrollada, *vid.* A. ZURIMENDI ISLA, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de Navegación Marítima”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N.º. 18, 2016, pp. 89-110.

¹⁴⁷ No compartimos plenamente este argumento, aun partiendo de que es una consideración del todo acertada con la dicción

ahora comentado, IRACULIS ARREGUI afirma que el art. 468 presenta un formalismo excesivo y, por tanto, criticable al entender que desvirtúa los requisitos formales establecidos por la normativa europea¹⁴⁸.

C) Conclusiones del Encuentro de los Magistrados de los Mercantil 2016 (especial mención al art. 468 LENMAR)

109. Un último argumento a favor de la inaplicabilidad del art. 468 LENMAR, que vendría a resumir lo dicho hasta ahora, lo encontramos en las Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016¹⁴⁹, que emitieron a propósito del artículo objeto de discusión, además de otras cuestiones que no son objeto del presente trabajo. Los magistrados de lo mercantil realizaron una labor interpretativa del art. 468 LENMAR reflejando las siguientes conclusiones¹⁵⁰: 1ª. Si la cláusula se refiere a un tribunal español, no se aplicará el art. 468 LENMAR¹⁵¹; 2ª. Si la cláusula se refiere a un tribunal sito en cualquier Estado miembro de la UE, se aplicará el Reglamento 1215/2012¹⁵²; y 3ª. Solo cuando la cláusula se refiera a un tercer Estado resultará aplicable el control del art. 468 LENMAR¹⁵³.

Conclusiones

110. A pesar de lo todo lo expuesto en la última parte del presente trabajo, al art. 468 LENMAR sigue generando dudas sobre su aplicabilidad real. Como hemos apuntado en el trabajo solo los pronunciamientos judiciales futuros de nuestras Audiencias Provinciales y, sobre todo, de nuestro Tribunal Supremo vendrán a aclarar una cuestión tan controvertida y problemática en la práctica. Pero quizá, quien venga a resolver la cuestión sea el TJUE.

111. Nos referimos a la posibilidad de que en un proceso que se desarrolle en España en el que se discuta la validez de una cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque en el que se

del precepto. Nuestra discrepancia surge del hecho ya apuntado de que nuestros tribunales no pueden entrar a juzgar la razón por la que la parte correspondiente incluyó la cláusula de atribución de competencia. Tanto si lo hizo por desincentivar las posibles reclamaciones como si lo hizo para centrarlas todas en un fuero concreto, lo que importa en puridad es el cumplimiento de los estrictos requisitos del art. 25 del Reglamento 1215/2012, que no exigen entrar en el análisis de ninguna de las razones por las cuales se incluyó la cláusula en el conocimiento de embarque.

¹⁴⁸ Para una lectura desarrollada, *vid.* N. IRACULIS ARREGUI, “La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, N.º. 18, 2017, pp. 173-208.

¹⁴⁹ Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016. [Consultado el 04/01/2019]. Acceso en <https://www.fidefundacion.es/attachment/764936/>. Un desarrollo doctrinal muy clarificador de estas conclusiones lo encontramos en M. CHACÓN CADENAS, “Artículo 468. Cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, en I. ARROYO MARTÍNEZ / J. A. RUEDA MARTÍNEZ (Coords.), *Comentarios...*, cit. pp. 1401-1404.

¹⁵⁰ Conclusiones sustancialmente similares las podemos extraer de E. SANJUÁN, “Especialidades...”, en A. B. CAMPUZANO / E. SANJUÁN (Dir.), *Comentarios...*, cit., pp. 487 y 488.

¹⁵¹ Una crítica a esta distinción entre lo nacional y lo extranjero ha sido expresada con precisión por ARIZA COLMENAREJO cuando señala que “[El art. 468 LENMAR] se refiere a órganos jurisdiccionales (...) situados fuera del territorio nacional. (...) Parece ser la intención del legislador discriminar jurisdicción nacional (...) frente a extranjera”. Para la lectura completa de la explicación, *vid.* M.ª J. ARIZA COLMENAREJO, “Cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima de 2014”, *Anuario de Derecho Marítimo*, n.º. 32, 2015, pp. 120-128. También en este sentido, *vid.* A. BADIA, “Capítulo XXIX. Jurisdicción y competencia”, en VV. AA., *Comentarios...*, cit., p. 427. Este autor señala, en la referencia ahora citada, que la distinción entre lo extranjero y lo nacional puede tener “dificil encaje en el Tratado de la UE y en los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, cuyos principios rectores se asientan en la no discriminación por razón de nacionalidad, la libertad de contratación y la eliminación de barreras y obstáculos comerciales”.

¹⁵² Las conclusiones 2ª y 3ª encajan con lo dicho en el presente trabajo sobre la primacía del Derecho de la UE.

¹⁵³ La tercera conclusión de los magistrados ha sido sustancialmente desarrollada en J. DEL CORTE, “Especialidades...”, en A. EMPARANZA SOBEJANO / J. M. MARTÍN OSANTE (Dir.), *Comentarios...* cit., pp. 762, 763, 765 y 766. Por su parte, la jurisprudencia señala en un caso de sumisión a un tribunal no comunitario que “no mediando cláusula sumisoria a Tribunales de un Estado de la [UE], ni es estando atribuida exclusivamente la competencia a los Juzgados de Hong Kong (...), procede la aplicación al caso de las normas nacionales (...). No siendo de aplicación el Reglamento 1215/2012, se ha de estar al régimen legal que resulta de los artículos 468 y 469 de la Ley de Navegación Marítima (...). El examen de la cláusula (...) no supera (...) los requisitos de incorporación [de los] artículos 5 y 7 b) de la Ley 7/1998 de 13 de abril (...)” (AAP de Valencia núm. 615/2017, de 15 de mayo, FJ. 3).

solicite la aplicación del art. 468 LENMAR en relación con el art. 251 de la misma Ley, el juez español plantee una cuestión prejudicial al TJUE del siguiente tenor:

- a) ¿Es contrario al art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 la exigencia por parte del Derecho nacional aplicable de negociación individual y separada de una cláusula de jurisdicción inserta en un conocimiento de embarque que se remite a un tribunal de la UE?
- b) ¿Supondría dicha exigencia de negociación individual y separada la exigencia de requisitos adicionales no permitidos por el Reglamento ni por la jurisprudencia del TJUE?
- c) ¿Respetaría esta exigencia la posibilidad abierta por la STJCE Coreck?

112. Más que nunca parecen necesarios nuevos pronunciamientos del TJUE, como lo hizo en ocasiones anteriores con las Sentencias Castelletti y Coreck, así como pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal. Por ello consideramos que el planteamiento en este sentido de cuestiones prejudiciales por parte de nuestros jueces y magistrados ayudaría a esclarecer definitivamente la cuestión.

113. En virtud de todo lo expuesto en este trabajo, podemos realizar unas apreciaciones finales sobre la LENMAR y los artículos controvertidos objeto de estudio:

- a) Si entendemos que el art. 468 LENMAR es contrario y cede ante lo dispuesto en el art. 25 Reglamento 1215/2012, entonces tampoco resultaría aplicable el art. 251 LENMAR. De esta forma, el régimen de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque y su oponibilidad no habría cambiado para las cláusulas referidas a tribunales de la Unión Europea.
- b) Si, por el contrario, entendemos que lo que hacen los arts. 251 y 468 LENMAR es aprovechar el margen abierto por la jurisprudencia comunitaria, entonces el régimen de las citadas cláusulas y su oponibilidad habría visto su fin en España tal y como lo conocíamos hasta la entrada en vigor de la LENMAR.

114. A modo de cierre del presente estudio y realizadas las consideraciones oportunas sobre los artículos controvertidos de la LENMAR, no podíamos dejar de mencionar un aspecto importantísimo de esta cuestión, quizá el más importante, que es la relación entre la salida del Reino Unido de la UE y las cláusulas de atribución de competencia. Como se puede apreciar de las resoluciones estudiadas y, en general de cualquier resolución que analicemos sobre la cuestión objeto de estudio, la prevalencia del Reino Unido en cuestiones marítimas es palmaria.

115. Dos consecuencias se siguen de esta salida. En primer lugar, y sin perjuicio de los acuerdos a que se lleguen en los meses por venir, el Reino Unido pasaría a ser considerado un tercer Estado y, por tanto, no le sería de aplicación el Reglamento 1215/2012 y en el caso del Convenio de Lugano de 2007, le será de aplicación con las particularidades señaladas. Consecuentemente, los cargadores, destinatarios de mercancías o sus aseguradoras, podrán impugnar la validez y eficacia de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque como si designasen tribunales de Tokyo, Nueva York o Shanghai, es decir, como un Estado extracomunitario.

116. Por otra parte, los porteadores que quieran seguir viendo estimadas sus declinatorias en base a la normativa europea, casi de forma automática, deberán cambiar la designación de sus cláusulas para referirse a tribunales de Estados miembros de la UE. Aún resulta precipitado sacar conclusiones sobre la cuestión del Reino Unido, aun así, de las resoluciones estudiadas podemos deducir que quizá se produzca un desplazamiento de las designaciones a la *High Court of Justice of London* hacia Estados como Francia (tribunales de Le Havre, Marsella y París), los Países Bajos (tribunales de Ámsterdam y Rotterdam) o Alemania (tribunales de Hamburgo), o quizá se intente también potenciar el arbitraje comercial internacional.

117. Finalmente no queda más que indicar que el presente estudio refleja las conclusiones extraídas por el autor en base al análisis efectuado de la normativa y la jurisprudencia citada en el mismo y no deben ser entendidas como una opinión en nombre de Cepsa.

TRENDS AND SOURCES OF INTERNATIONAL TAXATION

TENDENCIAS Y FUENTES DE LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

Full Professor of Financial and Tax Law

University of Jaén

ORCID ID: 0000-0002-5994-2196

Recibido: 12.12.2018 / Aceptado: 14.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4627>

Abstract: International Tax Law has grown significantly and this has caused a considerable increase in the importance of the legislative production affecting it, through both national and international rules. Within those rules of international origin, conventions intended to avoid international double taxation stand out, essentially those following the OECD model. Along with this and also within European Union law, there has been a significant structuring of the rules involving international taxation. That said, we can never lose sight -upon the basis of the dogmatic structuring of international taxation- of the General International Law rules affecting it. These may occasionally be overshadowed by the rules of the countless international conventions on the matter, but the former rules cannot cease to be taken as the basis. Therefore, the globalized structuring of international taxation cannot ignore the general principles upon which it will be based, either as direct sources in matters of international tax law, or as a sub-discipline within tax law proper. Indeed, the national structuring of international tax law cannot be carried out just by taking into consideration the legislative results of globalization, but also by never losing sight of the principles that lead to general international law tax matters. Even though globalization as a process begins to play a greater role in tax law issues, the country's national examination of international tax law cannot divert from the general basis of this tax law sub-discipline.

Keywords: international taxation, Financial and Tax Law, International Tax Law, General International Law, sources of Law.

Resumen: La fiscalidad internacional ha experimentado un gran crecimiento, aumentando considerablemente el volumen de producción normativa que le afecta, ya se trate de normas de origen internacional o de normas de origen interno. Dentro de las fuentes de origen internacional que le afectan, destacan especialmente los convenios para evitar la doble imposición internacional, esencialmente siguiendo el Modelo de la OCDE. Junto a ello, también dentro de la disciplina jurídica de la Unión Europea se ha producido un importante desarrollo de las normas que afectan a la fiscalidad internacional. Ahora bien, en la base de la construcción dogmática de la fiscalidad internacional no se deben perder de vista las normas de Derecho Internacional General que le afectan, ensombrecidas a veces por las normas de los numerosísimos convenios internacionales en la materia, pero que éstos no pueden dejar de tomar como base. Así pues, el desarrollo globalizado de la fiscalidad internacional no puede desconocer los principios generales que le deben servir de base, ya sea como fuentes directas en materia de fiscalidad internacional, ya sea como bases esenciales sobre las que conformar la fiscalidad internacional, como subdisciplina dentro de la disciplina tributaria. Incluso el desarrollo a nivel interno de la fiscalidad internacional no se puede hacer sólo tomando en consideración los resultados normativos del fenómeno de la globalización, sino que debe hacerse también sin perder nunca de vista los principios que derivan en materia tributaria del Derecho Internacional General. Aunque el fenómeno globalizador cobre un espe-

cial protagonismo en materia tributaria, la contemplación interna de la fiscalidad internacional no puede alejarse de las bases generales de esta subdisciplina tributaria.

Palabras clave: fiscalidad internacional, Derecho financiero y tributario, Derecho internacional tributario, Derecho internacional general, fuentes del derecho.

Summary: I. Introduction. II. International Financial and Tax Law. III. Organized Growth in Tax and Financial Matters from an International Perspective. IV. General Guiding Principles and Branches of International Tax Law. V. The Structuring of International Tax Law. VI. Different Origins of International Tax Law Rules. VII. The Consideration of the Idea of Sovereignty as the Essential Element of the State and its Impact on International Tax Law. VIII. The Territorial Dimension of Tax Sovereignty. IX. Essential Elements of International Tax Law. X. Conclusion.

I. Introduction

1. When the conventions to avoid international double taxation were not as numerous as they are nowadays, the international tax doctrine had to pay more attention to the General International Law rules which had an impact on this matter, be they either general rules of International Law that could be applied to taxation, or be they the few laws specifically related to taxes.

2. When the structuring of International Tax Law gave rise to an enormous growth in the international conventions made to avoid double taxation, the doctrine, within International Tax Law, focused essentially on the analysis of this phenomenon¹, especially on its structuring following the consecutive versions and modifications of the OECD Model, in order to avoid double taxation on income and estate and in order to prevent tax evasion². Almost every international convention that exists, aiming to avoid double taxation, is based on- and has been based on- the subsequent versions of the said Model of convention. With time, the international focus on double taxation has been accompanied by an increased focus on international cooperation in taxation -essentially in matters of international exchange of information with tax significance or in matters of cooperation regarding tax debts, of which other States are beneficiaries. Within the structuring of international tax law, the structuring of the European Union Law has been of great significance, given the different fields in which the Community institutions have competence, also resulting, inside this field, in rich, tax law literature³.

3. It is logical therefore that with the reasonable structuring of the conventions made to avoid international double taxation and the structuring of the rules of European Union law, one cannot forget that in the structuring of international tax law it is necessary to take into account the general rules of International Law, which served as a base for the beginning of its structuring, as they can never cease to be the basis of its evolution. This paper focuses on the individualization of the essential elements which must always be featured in the structuring policy of international tax law.

¹ In this sense, see, inter alia, F.SAINZ DE BUJANDA, : «La interpretación de los Tratados internacionales para evitar la doble imposición», in *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero*, 1960, page 92; FISZER, J.: «International double taxation relief», in *European Taxation*, 3, 1995, page 78; BANTECAS, I.: «The mutual agreement procedure and arbitration of double taxation disputes», in *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 1., 2008, page 182; KAHLBERG, C.: «Prevention of double non-taxation: an analysis of cross-border financing from a german perspective», in *Intertax*, 3, 2015, page 218.

² In this regard, see S.BRUNS, : «International Taxation and non-discrimination: clarification and reconsideration by the OECD», in *European Taxation*, Vol. 48, 9, 2008, page 484; J. ZORNOZA PÉREZ/ A.BÁEZ MORENO, «The 2003 revisions to the commentary to the OECD Model on tax treaties and GAARs: a mistaken starting point », in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, 1, 2010, page 288.

³ In this field, see M.LANG, : «Double Taxation Conventions in the Case Law of the CJEU», in *Intertax*, Vol. 46, 3, 2018, page 181.

II. International Financial and Tax Law

4. International Tax Law covers an extraordinarily large field⁴, covering a great range of aspects, some of which can be used with either more technical concepts or in practice, with more widespread designations. Some of the latter are used in a broader sense, whilst others are used in a rather stricter sense.

5. Once the general principles of International Law have been conferred upon Tax Law, its reality becomes one of the most complex. Bearing in mind the social, international and juridical reality of international tax law, it is fairly difficult to explain the discipline that reality is based upon. The arrangement of international tax law as a “sub-discipline” within Tax Law, throughout the last decades, seems to have been carried out either as a particular rule or as a specific issue.

6. With time, the concern for a “global” perspective of every International Tax Law issue has vanished. Beyond the OECD Model of international convention to avoid double taxation on income and estate and prevent tax evasion –and the almost forgotten other OECD Model of international convention, aimed at avoiding double taxation on heritage and endowment–, and apart from the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union regarding tax issues, fundamental issues on tax harmonization and, thus, the main community directives on taxation, together with some other international texts, occasionally from the OECD –for example on the fight against fraud or other matters concerning the European Union– on many issues, there is no concern to define a global and harmonized structuring of the major principles of international tax law and of the dogmatic structuring of International Tax Law.

7. When the European Communities, later the European Union, did not yet exist, when there were not yet as many international conventions on taxation, essentially in the first half of the last century, the doctrine of taxation and that of foreign policy tried to find other means to act and frame international law, which only consisted in investigating whether there were general principles, general rules or a customary international law suitable for International Tax Law. The doctrine tried to find a General International Law on taxation.

8. It is true that the modern nature of a State’s tax system in terms of international tax law is seen by the amount of international tax conventions signed by that State, but this should not prevent them from investigating whether there are or whether there are not general principles of international tax law which are applicable to the States in terms of taxation, to be used as working rules of the International Community or Society, beyond simply their consent.

9. There are certain States where international conventions have not worked out, precisely because they do not sign such conventions. They are essentially tax havens⁵ that to a large extent –it could be said– live off being so, and off being fiscally isolated, never signing tax conventions, being fiscally opaque and concealing tax evasion, at the cost of many other sovereign States.

10. Let us say that in this sense, after many years, the OECD, the European Union and even the intervention of the USA, have somewhat failed and tax havens exist at the expense of other States.

11. Sometimes, such tax havens are areas which are subject to the sovereignty of another developed State, with which the evolution of the issues related to them can be much more hopeful, by means of putting pressure on that State.

12. The problem might be mostly related to those areas with their own sovereignty as States, which are tax havens, as long as they are not subject to or in need of a strong bond with other States that could put pressure on them in that sense. This would help stop their behaviour as tax havens.

⁴ See F.SERRANO ANTÓN, *et al.*: *Fiscalidad internacional*, 6ª ed., CEF, Madrid, 2015, Vol. 1-2.

⁵ Normally small-scale States.

13. But precisely in relation to such “small” tax havens that have to defend their identity as sovereign States, as the OECD and the European Union have somehow failed in their purpose, maybe now is the opportunity or time for action of the United Nations to come into play. It is the most comprehensive international organization which could be presented precisely as the major guarantor to their identity as Independent States.

14. With this, the delimitation and the precise framing of the general principles of International Tax Law are more than ever needed.

III. Organized Growth in Tax and Financial Matters from an International Perspective

15. The construction of the international tax law legislation must have some general and clear legislative parameters to serve as a base, given the dimension required by the rising importance of international tax law.

16. Only clear, complete and exhaustive parameters coming from a general perspective of international finance and tax law could lead to an organized growth of the international discipline of Financial Law, in such a way that all possible extremes of reference are covered, doing away with possible areas under neglect, which the doctrine has forgotten about many times -simply because they were not the most practical and usual matters.

17. Within the international contemplation of Financial Law, a fiscal and non-fiscal perspective can be distinguished. Let us think, for example, of the budget discipline of international organizations, especially of the European Union. Obviously, just like on a national scale, on an international scale the demand for tax investigations is much greater than those concerning non-tax laws. For example, one could think far beyond the budget of the European Union, of matters such as the community’s own non-tax resources, or of the control carried out by the European Court of Auditors.

18. Therefore, not only a general, dogmatic structuring of the international perspective of Tax Law is necessary, but also of Financial Law, including the non-tax branches of it. But the first step in this ambitious goal is a general, dogmatic structuring of International Tax law.

IV. General Guiding Principles and Branches of International Tax Law

19. The most frequent type of normative texts within International Tax Law is undoubtedly represented by the bilateral agreements which aim at avoiding both international double taxation on income and heritage and tax evasion. These texts are carried out in accordance with the OECD Model. This type of agreement has become preminent in international fiscal relations between any kind of State, leading to the development of a large network of bilateral agreements which provide legal security in terms of taxation regarding international and economic relations and investments.

20. Despite the fact that other international organizations -especially the United Nations- have created other types of bilateral agreements in order to avoid double taxation, especially taking into consideration the relations between developed and developing countries, these alternative models have not proved to be successful enough. In the long run, developed and developing countries also end up signing bilateral agreements intended to avoid international double taxation following the OECD Model. This Model, however, is meant for agreements between two States with reciprocal investments; yet, these agreements are also signed in situations where only one of the two States is exporting capital to the other, which causes an imbalance. This situation can only be explained bearing in mind the effects of globalization.

21. Because of this, we must focus on the other two great International Tax Law branches, namely, European Union legislation regarding tax law and, especially, General International Law regarding the aforementioned area. The latter should be reinforced to protect the interests of those States less favored in the negotiations of international bilateral agreements.

22. General International Law could be said to consist of general principles and international customs. Obviously, its scope is much shorter than that of other International Tax Law branches. But we should consider to what extent the development of globalization could make some international rules regarding tax relations change into rules of International Tax Law, beyond the States' express consent. Hence comes the need to redefine General International Law in terms of tax law.

V. The Articulation of International Tax Law

23. The examination of the influence of International Law in the field of tax law is usually carried out from two different standpoints. On the one hand, there is the perspective of Conventional International Law, that is, the one related to the international conventions regarding this field. On the other hand, there is the European Law –or the current European Union Law- where, together with the Primary Law, we find the Secondary Law. The first of these two, Primary Law, consists of Treaties, therefore, at its core, it could be included in the Conventional International (Treaty) Law. These agreements among the member States of the European Union have a content of competence attribution to the former, which puts such treaties on a much higher level than the usual (Model) tax conventions. Furthermore, Secondary Law consists of the normative acts of the EU institutions. European law, after the Treaty of Lisbon, should be more strictly called European Union Law, but the term European Law has been so firmly established in the legal tradition that it has become quite difficult to avoid it in practice.

24. Conventional International Law in the field of taxation is essentially formed by agreements to avoid international double taxation, which are almost completely bilateral. In any case, tax provisions can be found in other types of international conventions, even if they are not primarily devoted to taxation.

25. In the field of European Law, there are different fields related to tax issues. On the one hand, there is the field of community tax harmonization, which tries to bring over the tax legislations of the different EU States in different fields. On the other hand, there are the community resources of a fiscal nature, as a means of EU funding. Finally, there is the contribution to taxation by the member States enforced by the EU institutions. This third field of European Law influence, that is, these duties of cooperation amongst tax Administrations can sometimes affect the community's own taxes and, in some cases, the harmonized state taxes. This means that, in many cases, this role of administrative cooperation could be included within one of the two fields previously mentioned, that is, in that of the fiscal-related own resources or in that concerning tax harmonization. But this EU Legislation, which consists on forcing the member States to collaborate with each other in order to secure taxation can sometimes affect taxes which are neither its own resources, nor are they harmonized taxes regarding Community directives. In accordance with this, we may be dealing with a third field which is different from the others, unless we understand that what is being conducted is tax harmonization at a formal level; in other words, not in terms of material or substantive elements of taxation, but at its effective or formal enforcement level.

26. It follows from its practical importance that the focus of taxation in relation to International Law has focused on the two fields already mentioned: on the one hand, on international agreements in order to avoid double taxation and, on the other hand, on the incidence of EU fiscal Law. However, within the framework of the sources of International Law, we must not lose sight of international custom and the General Principles of Law, both of which shape what could be called the General International Law regarding the rules enforceable on any State, and regardless of their granting (or not granting) direct consent to the former, as rules developed alongside the shaping of the International Community.

27. Obviously, in such a field as taxation, so closely linked to each State's economic policy, the impact of the General International Law is much smaller than that of the Conventional International Law and EU Law. This does not suggest that less attention should be paid to the impact (limited as it is in terms of reach, although not in its relevance) that General International Law may have over the tax sphere.

28. This should be attempted from two different approaches. One would be to find out, even if it is hard to define, whether there is any General International Law rule which affects the area of taxation specifically. Another would be to analyze the way in which some General International Law ideas and principles (albeit not specifically tax-related) could affect the mechanics of taxation, considering the interests of the different States.

29. In any case all the above does not respond to isolated or stovepiped approaches; quite on the contrary, the interrelation between the different groups or types of rules is as permeable and interdependent as in the rest of the fields in the legal System. Let us focus, for example, on the different types of rules that can be distinguished within the EU Law in the scope of taxation, and let us try to implement them in relation to the tax system of the civil servants and other agents of the European Union. In the 12th article of the Protocol on Privileges and Immunities of the European Union, 8th April, 1965 –modified by the Treaty of Lisbon- the exemption of the income earned by those as a consequence of working for the community institutions is established, just as the need to hold such income to a tax on the wages, salaries and emoluments of the civil servants and other agents of the European Union, which eventually benefits from these. These are simply raised through a withholding of work outputs which depends on the total amount earned by the civil servant and the number of children depending on them. On one side, the aforementioned exemption avoids double taxation that, should this tax benefit not exist, would take place through State taxes and community taxes. The rule that establishes this exemption from State taxes, even though it is a part of European Law, lies closer to the community tax harmonization rules. These ones, however, are usually Secondary Law rules, that is, they stem from the community institutions. On the other hand, the rule that establishes the aforesaid community taxes could be better understood within the set of rules established to account for the community's own resources. This is not an essential element in the EU funding, as its existence is based on other reasons and it is not taken into consideration in the Decisions made upon the community's own resources system. This way, it would be an example of a subject where the previously individualized sets of rules are interrelated.

VI. Different Origins of International Tax Law Rules

30. According to FEDOZZI, experience proves that the division of International Law according to the same categories already employed for National Law has proved very useful in terms of methodological clarification and scientific advancement. This has been presented by this author as the legitimation of the division he suggests within International Law, which includes International Tax Law amongst its branches.⁶

31. Stemming from the non-existence of fiscal relations as such among States, understood in a strict sense –ie, subjects of International Law exercising their international entity- and also judging from the lack of a true fiscal nature in the States' financial contributions to the international organizations, UDINA came to the conclusion that there was no real “international tax law” proper.

32. However, this author admitted that he could not renounce such denomination and thus, according to him, the concept of International Tax Law could be understood in a broader sense as comprehensive of the international Framework rules. These affect, in one way or another, the wielding of the States' Taxing Power, viewing fiscal relations as developed, not among States, but between each State and the natural or legal persons depending on it and, therefore, just as an indirect and mediate object of

⁶ *Corso di Diritto Internazionale*, Volume Primo, I, CEDAM, Padova, 1931, pages 37 and 38.

the international rules. This author highlights that “international tax law” is presented as separate from the former, which consists “internal tax rules concerning foreign affairs”⁷.

33. But UDINA, regarding the quandaries of international tax rules issues, did not just single out one International Law branch called International Tax Law. This author also suggested the setting up of an “international tax Court” which function would be to hear officially the controversies between the States regarding the international tax rules –which can be heard by the International Court of Justice– suggesting, moreover, in the ideal delimitation of such international tax court, the possibility to appeal from the individuals⁸.

34. Later, UDINA claimed that in such cases, regarding the taxes international organizations demand from the civil servants, “there may be said to exist an international tax law proper, which involves absolute taxing authority, based on the international law, amongst international subjects who are respectively in a position of superiority and of dependence”⁹. In this place, the author discussed the relation amongst “international subjects”, but we have to bear in mind that a civil servant from an international organization does not have an international legal personality.

35. G. TESAURO shows a more rigorous approach. He states that only if the fiscal nature of the States’ tax contributions could be acknowledged it would become appropriate to refer to the existence of an International Tax Law, not in any other case. This author also denies the fiscal nature of the member States’ financial contributions to the international organizations¹⁰.

36. Furthermore, CROXATTO states that there is an area of the international legal System that holds the traditional name of International Tax Law and which is characterized by the peculiar aspects of the State activity in this field, which is the aim of its rules¹¹. He bases this observation on the fact that international rules affect and condition national law in the field of taxation and given the fact that within International Law there are particular sets of conventional rules, each of which can be accurately distinguished based on the specific features of the correspondent area of the national Law subject. This area integrates internal, or national, rules derived from international ones within the proper group.

37. On the other hand, SAMPAY discussed International Fiscal Law, including both national and international tax rules within it¹². The distinction between Fiscal International Law, subjected to international rules, and International Tax Law, subjected to national rules, has been used by tax law doctrine¹³. Thus, Fiscal International Law conditions International Tax Law. In the Spanish legal system, for the rules of an international treaty to become national Law only one administrative activity from the already ratified treaty needs to be published in *BOE* -the Government Gazette of the Government of Spain-. Thus, article 96.1 of the Constitution of Spain states that “Validly concluded international treaties, once officially published in Spain, shall form part of the internal legal order.” Once the treaty is part of the Spanish legal system, it becomes normatively above the law, as it is stated in that same article 96.1 so

⁷ *Il diritto internazionale tributario*, CEDAM, Padova, 1949, pages 16 to 31.

⁸ «Sulla creazione d'una Corte internazionale per le controversie in materia tributaria», in the *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Parte I, 1949, pages 54 and ss.

⁹ «Il Trattamento Tributario dei Funzionari Internazionali», in *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie (Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebzigsten Geburtstag)*, Girardet & Co., Hamburg, 1953, page. 284.

¹⁰ *Il finanziamento delle organizzazioni internazionali*, Jovene, Napoli, 1969, page. 8, note 6.

¹¹ «Le norme di Diritto internazionale tributario», in *Studi in onore di Enrico Allorio*, II, Giuffrè, Milano, 1989, pages 2223 and 2224; and, by the same author, «Diritto internazionale tributario», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, IV, UTET, Torino, 1989, page 642.

¹² *El Derecho Fiscal Internacional*, Editions Biblioteca Laboremus, La Plata-Buenos Aires, 1951, page. 91.

¹³ See C.C. CARLI; «Cooperazione internazionale tributaria», in the *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pages 1 and 4-5; J.J. FERREIRO LAPATZA: *Curso de Derecho Financiero Español*, 10th edition, Marcial Pons, Madrid, 1988, pages 112 and 113; and F.SAINZ DE BUJANDA: «La interpretación de los Tratados internacionales para evitar la doble imposición », *cit.*, pages 92 and 93. This last author, in another one of his Works, mentions the «International Fiscal Law», including references to the national and international rules and to the international tax rules (*Hacienda y Derecho*, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pages 465 and ss.).

that the legal provisions of the international treaties “may only be repealed, amended or suspended in the manner provided in the treaties themselves or in accordance with the general rules of international law.”

38. Therefore, if the international treaties’ tax rules become national Law, we should wonder whether it still makes sense to distinguish between Fiscal International Law and International Tax Law. The first “international” qualifier responds to the origin of the rule. Even if the international treaties’ rules become national Law, they still have an international origin, whilst International Tax Law rules have a national origin. Here “international” is explained on account of the nature of the field wherein they are applied. This field consists on the taxation of transnational wealth which stems from the international circulation of goods, capital and subjects.

39. But international treaties’ and the European Community’s rules are not the only ones constituting International Law. General International Law, which is built of, as previously stated, customs and General Principles must always be born in mind. The General International Law rules are not part of national Law in the same manner that other international treaties’ rules do, as the former are simply national Law conditioning factors. And although General International Law is not as relevant in terms of taxation as international treaties, there is no denying it has some effect on taxation. Furthermore, its principles are the essential basis of territoriality in a formal sense, or of the spatial effectiveness of this tax.

40. Conversely, European Community Law bears great importance in the field of taxation, and it has an unquestionably international origin. The original EU Law stems from international agreements or treaties, whilst secondary EU Law stems from the actions of the EU institutions, which are international bodies, or international organizations’ bodies. But European Community Law also becomes national Law. The sole publication of legislative acts in the Official Journal of the European Union is enough for these to become national Law, and then they need to be directly enforced by the state bodies. Given the primacy of European Community Law over national Law, the former also sets limits to the legislator.

41. EU Law is not like the traditional International Law. The latter is only binding for States and international organizations, which appear as the only real holders of the rights and obligations of the traditional international legal System. EU Law arises from international instruments, but then it directly affects EU citizens, generating rights directly linked to these, with no need, originally, for a regulatory state intervention. These are EU citizen’s rights in relation to their State, the other member States and the European Union itself¹⁴.

42. The directives are the fundamental legislative instrument to harmonize national legislations and, obviously, national taxation systems of the member States. Even though directives are normally in need of regulation that allows them to conform to national Law in order to be totally effective, it does not have to be always this way. It could happen that, in the case of a harmonization directive affecting national taxation, a member State might not have created specific conditions for the adjustment of its tax system to the directive and that, nevertheless, this directive may be enforced. The reason may be that it is in agreement with a rule parallel to another one belonging to a primary Law treaty, thus fulfilling the aim pursued by the directive, ie, applying the content corresponding to the Treaty. It may also happen that, given the absence of such national law and without the aforementioned circumstance, the directive might have direct effectiveness. This may happen if it exists a national disposition that enters into conflict with the directive, resulting in the ineffectiveness of that national law contradicting the EU law and as long as the directive is appropriate to take into account rights which taxpayers can plead against the State¹⁵.

¹⁴ Cfr. E.GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio analítico de los recursos», in *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Volume I, Civitas, Madrid, 1986, page 700.

¹⁵ It has been thus seen by the Court of Justice of the European Union, for example in the Sentence made in 1982 on the 19 of January, C-8/81, which has been well advocated on taxation. On the possible direct effectiveness of the directives of tax harmonization, see A.CAYÓN GALIARDO/R. FALCÓN Y TELLA F. DE LA /HUCHA CELADOR,; *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el Sistema tributario español: Incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, pages 668 to 672.

43. Then, could we consider EU Tax Law as Fiscal International Law, or is it International Tax Law? Because of its international origin we are inclined to think that it is Fiscal International Law.

44. Frequently we use the term ‘national Law’ in order to refer to Law of national origin, as opposed to EU Law. In our view it would be better, as argued earlier, to employ the term ‘domestic Law’ when referring to the former. In any case, in usual practice and as stated the expression ‘national Law’ is very often used to refer in an effective way to the national origin of the rules mentioned.

45. Moreover, we may note that those international limits to the Power of the State over its territory may in some cases be, eventually, instances of the self-limitation of the Power of the State itself. International treaties are examples of this, as they require the States’ consent. Secondary Community Law is founded on primary Law, which is itself composed of international treaties and agreements. We must link to this the legislative instruments of secondary Law which are submitted to its unanimous approval in the Council. Out of these, the core of the EU tax harmonization must be highlighted. Thus, International Tax Law, for the most part, represents a form of self-limitation of State Power, leaving aside certain instances such as the ones related to the limits proceeding from General International Law.

46. Fiscal International Law could be considered a branch within Financial International Law.¹⁶ Similarly, within the state Tax Law is a branch of Financial Law. Within Fiscal International Law, the legal issues derived from the financial contributions from the States to the international organizations could be included. These cannot be inserted within International Tax Law since they are not related to taxation, but in terms of the finance of the international organizations their regulation would be a part of International Financial Law.

47. From a different perspective, Tax Law is mostly taken into consideration by the legislation, pursuant with the principle of legality in terms of taxation and legal reservation. In the light of this, it has been asserted the reduced practical effectiveness of General Principles of Law in themselves as source of Tax Law. In other words, as principles which can be inferred from the different regulations without being expressly gathered in law or enshrined in the Constitution. In such cases, they become expressly written law and their worth is not any more related to those principles, but to the status of the legislative text in which they are expressly gathered. Also regarding what is written down, custom is deprived of legal weight within the sources of Tax Law. Then again, in the field of Fiscal International Law a certain relevance of custom and the General Principles of Law as sources of Law can be found¹⁷. It can be seen as a very limited incidence, as compared to the width, spread and development of other types of sources of International Law. This, obviously, does not justify the neglect of such customs and General Principles of Law.

48. Regarding Fiscal International Law, those branches most thoroughly studied are International Treaty Law, that is, that branch made up of international agreements, and EU Law. This seems logical, bearing in mind that these are the two international normative fields with a greatest practical impact, limiting or conditioning the States’ Taxing Power. However, along with these two branches of International Law, General International Law also has an effect on taxation, if only in a more limited way in practice than International Treaty Law and EU Law. This may be the reason why this discipline has not been so widely examined as the other two. But the incidence of General International Law on taxation is the most obvious and essential, being the basis of the shaping of international tax. This incidence is mostly found regarding the effectiveness of tax law in the area, and it could also be affected by Law. Because of this -we are persuaded- the study of the incidence of General International Law on taxation should not be neglected, contrary to what the doctrine has been doing, encouraging the development of its analysis within International Tax Law.

¹⁶ This can be found in F.SAINZ DE BUJANDA, *Un esquema de Derecho Internacional Financiero*; Published by the University of Granada, 1983.

¹⁷ Let us think, for example, about the tax system in foreign diplomatic missions and the staff assigned to those.

VII. The Consideration of the Idea of Sovereignty as the Essential Element of the State and its Impact in International Tax Law

49. Authors have defined and analyzed “tax sovereignty” from the perspective of international taxation. That is, they have studied this concept in sight of the confluence of Taxing Powers of diverse States on the wealth tax declarations which surpass its territorial limits. Thus, these declarations would be related to the Taxing Powers of various States. On the other hand, they would consider the fact that the States are looking for cooperation from other States in order to make their tax claims effective, given the mobility of their taxpayers and the taxpayers’ heritage.

50. Within this field, GARBARINO¹⁸ has carried out a thoroughly detailed systematic delimitation of the issue of sovereignty. He argues that wherever a State sovereignty on taxation is considered in an international level -that is, a coexistence of more States with a primary sovereignty and, therefore, with unlimited taxing Power- it is necessary to distinguish two general concepts, from which tax remarks can be made. On the one hand, sovereignty understood as taxing Power preeminent above any other Power, within the territorial scope of the State. On the other hand, sovereignty as the independence of the State, meant to act within the scope of the international Community, made up of more sovereign States, each of them with their own original taxing Power. This author notes that, whilst from a national viewpoint taxing Power implies the supremacy of the active subject entitled to hold that Power (the State) as opposed to the passive subjects, from an international, or external, viewpoint, on the contrary, sovereign taxing Powers of the State exist within a parity law system, just like the international legal system. GARBARINO states that in the specifically domestic and state context, tax rules, through which Taxing Power stems, directly obtain their validity from the state’s legal system, which is sovereign. On the contrary, in the international legal system scope no acknowledgement is made of any taxing Power above the States or its citizens.

51. GARBARINO also points out that, by adopting this double perspective of research, which comes from the bases of a State’s sovereignty in order to get to the various ways in which the sovereignties of more States interact among themselves, two interconnected dimensions of the issue arise: the exclusively internal, and the external dimension of sovereignty. The author therefore highlights that the internal side of State sovereignty –considered in its dimension as sovereign Taxing Power- is the way in which the authority of the State’s national legal system is manifested in relation to its submitted subjects, whilst in the international or external scope sovereignty is seen within the State’s International Tax Law with regard to the other States.

52. GARBARINO’s key point is the thought that tax sovereignty is a *species* within the wide *genus*, made up of the powers articulating the State’s sovereignty. He particularly states that sovereignty is manifested in the State Power in order to pursue a national tax policy, expressed through a set of rules intended for international budgets. He adds that sovereignty is the basis on which the State will develop fiscal relations with the other States.

53. SAINZ DE BUJANDA has argued that no European State can play a major role in History because they lack the power to do so, and they lack political, economic and military power. Thus “neither its ends nor its own means allow it to live with a minimum of autonomy”¹⁹.

54. European States have felt the need to undertake an economic integration that leads to a deeper political integration. The process of European integration was boosted by the European Union Treaty. Then, efforts were made to enhance this integration through a failed draft Treaty which tried to create a European Constitution, and later through the Treaty of Lisbon. The creation of the European Communities gave birth to a system of powers, whose relations with the States are different from that

¹⁸ Cfr. C.GARBARINO,: *La tassazione del reddito transnazionale*, CEDAM, Padova, 1990, pages 96 to 99.

¹⁹ This is SAINZ DE BUJANDA’s statement in D. MARTÍNEZ MARTÍNEZ’s work *El Sistema financiero de las Comunidades Europeas*’s prologue, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, page XII.

of the international organizations of cooperation. The European Union is presented as an integration organization, and this type of integration alters the power international organizations had been exercising over the States in such a way that even the doctrine has seen the influence of this phenomenon over the traditional concept and conception of sovereignty²⁰.

55. Regarding European Union Tax Law, CONSTANTINESCO argued that tax harmonization within the European Communities inevitably led to a limitation, no matter how subtle, of the “tax sovereignty” of the member States, thus interfering with their political freedom²¹. But the general perspective of the community phenomenon must never be neglected, and from this viewpoint, ADONNINO highlighted the fact that by adhering to the Communities –or, more accurately nowadays, to the European Union- the States’ sovereignty is eventually limited in some areas, although it is so through a process of self-limitation which is constitutionally legitimate²².

56. Although the validity of the concept of sovereignty regarding taxing power at a national level has been heavily contested, it keeps a specific quality in relation to international taxation. Admittedly, sovereignty cannot be presented as the direct basis of Taxing Power. The people, in whom popular sovereignty is vested, approves the Constitution and through it decides on what conditions and to what extent the State power can operate on taxation. Therefore, the legal direct basis of Taxing Power lies within the Constitution.

57. However, in the shaping of the State as subject to International Law, sovereignty is seen as one of its essential components. This is important in order to define the State power on the territory, excluding international interventions which could affect the independence of the State, and, thus, excluding those actions that could have a fiscal nature. But sovereignty, considered as a State component in terms of being the subject of International Law, has also changed. Today it cannot be seen as something illimitable and indivisible, and there actually is a wide range of competences within it. Once these are individualized, the State itself can decide upon the attribution of some of their practices to a supranational body. This explains why the States have been able to yield to the European Union the exercise of competences derived from their Constitutions, more specifically competences in fiscal areas. All this breaks away with the notion of State sovereignty as something indivisible.

58. One of the most essential elements to the State is its sovereignty, also known as independence. Sovereignty means that the State takes part in international relations by means of its own power, and not by means of other subject of International Law. This is why it can take direct and immediate action upon all the elements that belong to the State²³.

59. MONACO claims that “State sovereignty involves the situation of superiority of the States themselves in relation to the human societies they control and direct. It is not about the superiority of the States concerning other States of the international community”²⁴. GARELLI, on his part, stresses that “the exercise of sovereignty involves the exclusiveness of the territory upon which it is displayed”. To this author “the territoriality of sovereignty” is presented as “undeniable canon law, in order to ensure the effectiveness of the actions taken by the particular States”²⁵.

²⁰ See C.M. GIULIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, Volume I, 2^a edition, Depalma Editions, Buenos Aires, 1970, page 282.

²¹ «La problemática tributaria de la Comunidad Económica Europea », in *Hacienda Pública Española*, number 57, 1979, page 164.

²² «Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità», in the *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, number 1, 1993, page 65.

²³ Cfr. M. Díez DE VELASCO VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Volume I, eighth edition, Tecnos, Madrid, 1988, page 196.

²⁴ «Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale», in *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, page 370.

²⁵ *Il Diritto Internazionale Tributario. Parte Generale. La Scienza della Finanza Internazionale Tributaria*, Roux Frassati e C°, Torino, 1899, page 14.

60. DÍEZ DE VELASCO has asserted that sovereignty cannot be seen today as an indivisible whole. Sovereignty is now seen as a set of attributions and competences. Amongst the State's competences, there are territorial competences, which relate to every item which can be found in its territory and whatever happens within it. And there are personal competences, which refer to the people inhabiting the state territory, be they nationals or foreigners, or to particular people, regardless of whether they are within the State territory or not²⁶.

VIII. The Territorial Dimension of Tax Sovereignty.

61. Linked to the idea of sovereignty and regarding the implications of the State's territory power,²⁷ it must be said that such power is not defined in terms of rights over the territory. Rather, it is expressed as an aspect or behavior of the State's general sovereign power, which involves some rights over or related to a territory; it does not focus on the territory itself, though, since the general sovereign power of the State is structured in relation to all the subjects and things within a territory. The territory is, thus, the direct or indirect object of the State Law concerning it, but at the same time, it is presented as the field over which territory power exerts its reach, that is, the space within which it is steadily exercised. The territory power of the State behaves in a varying way, depending on whether it is considered internally or from an international perspective.

62. According to the first approach, we must bear in mind the fact that within the State and based on its sovereignty the State can have complete authority over every person and commodity that can be found within its realm, aiming at goals responding to the general interest. The consequence of this is that rules belonging to foreign legislation can only be made effective as long as one State rule redirects them; in this case, these are enforced by national bodies.

63. Considering the distinction between power over people and power over things, and regarding the first ones, the territorial sovereign power of the State finds its clear manifestation in the subjection of the foreigner within the realm to State rules. On the other hand, the State can give shelter to a foreigner in its territory in certain cases determined by the legal system, removing them from the authority that any other State power may have over that person. Finally, the State, exercising its own territorial power, can also expel from its own territory the foreign or stateless individuals it is not willing to accept, and it can also prevent them from entering its territory.

64. Furthermore, regarding the State's territorial power over things, such power allows to establish their legal system and that of their relations, and also to use them in the circumstances and ways determined by the legal System. To this effect, such dispositions as, for instance, expropriation may be resorted to, without prejudice to the indemnities laid down by the law. Also, the State can prevent incoming goods, publications and other types of foreign genres, from entering its territory too, based on diverse motivations, which can range from sanitary to security and public order reasons.

65. Concerning the territorial power of the State at an international level, it is seen as a natural power to the State: it does not stem from International Law, but must be considered as an actual power, upon which every State can claim that any other States refrain from entering and acting upon its territory. This brings about the consequence that the State itself is legally responsible for what occurs within its territory.

66. Every State is the holder of a specific right to territorial sovereignty in relation to the other International Law subjects. This is reflected in the right to not be prevented from the exercise of its powers

²⁶ Cfr. M.DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, *op. cit.*, page 299.

²⁷ The focus is on the description by BICARETTI DI RUFFIA («Territorio dello Stato»), in the *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, pages 336 and 337).

within its own territory and to not have that exercise diminished, which involves the right to the territorial integrity and inviolability of the State, with the impossibility of interference of the foreign States. Along with this right, there is the State's right to repel, by means of the auto-protection methods recognized by the International Law, every act of violation of the State and the territorial sovereignty, the so-called "*ius excludendi alios*". From this stems an International Law responsibility to those States violating foreign territory. The penalty, when incurring such responsibility, consists of those acts of auto-protection to which the State can resort when its territory is being violated or gravely threatened by violation, and of those other means of guaranteeing the territorial sovereignty appointed by international treaties.

67. The legislative power is one among the various State powers. Therefore, we must examine the relation that may exist between the legislative power and the sovereign power of the State over the territory.

68. The territorial principle of Law was conceptually conceived when –in a process ranging from the 12th century to the Peace of Westphalia in 1648- the State understood as an association of individuals became the institutional State based on territory, which signals the beginning of the modern era. This transition becomes practically factual when State territory acquires its own relevance as an independent area, pointing out the reach of the effectiveness of the State system; together with this, also when State scholarship holds as self-evident the existence of the State as necessarily dependent on a particular territory. Through this process, the power that was firstly held by the Papacy and the Empire, and later by the lordships and feudal estates, is later concentrated within the territorial and autonomous entities which will become today's States. Their autonomy becomes so important within the theory of the State, that their territorial sovereignty will be considered an essential element for the State. The territoriality of the Law is perceived as an immediate consequence of the strength with which the idea of territorial sovereignty²⁸ has become central in legal scholarship about European Law.

69. But the territorial principle will begin its transformation, as well as its decline, with the change in the concept of the State. A new concept of the State as nation-State, which appeared with the French Revolution, was developed in private international Law. This becomes evident in the exaltation of popular sovereignty as opposed to the previous absolute monarchy. Thus, the laws will not only find a link with the State in the factual premises within the territory, but the inclusion and belonging of the subjects to the state will be increasingly distinguished, so that State laws can relate to their nationals based on what they have done abroad. With all this, the territory continues as the basis and essential element of the State. Through the evolution of the territorial principle, the two main objections made to the principle are, on the one hand, that the territorial limit to the State's legislative power is not imperative, since the legal discipline of the verified actions abroad does not necessarily involve a violation to the foreign territory; on the other hand, the concept of "territoriality" is so indeterminate that it is impossible to derive from it specific legal consequences²⁹.

70. But, can the legislative power be considered a manifestation of the State power over the territory? The factual premises of the legal rules do not always consist of situations generated within the territory of the State which creates the rule. The State laws can be enforced, as it happens through the conflict rules of the private international Law, to events that took place abroad but which are linked to the State through a link of nationality of the intervening subjects in the corresponding situation. Thus, there are events that took place in a State which are related to nationals from another State and are regulated by the State law of the latter. Then, would these events suggest that the power to create legal rules is not a manifestation of the territorial power?

71. Regarding legal rules, within the State we find law-making powers and law-enforcement powers. Law-enforcement is presented as a manifestation of the State sovereign power over its territory.

²⁸ Cfr. C.SACCHETTO, «Territorialità (diritto tributario)», in the *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, pages. 307 to 309.

²⁹ Cfr. C.SACCHETTO, *op. cit.*, pages 309 and 310.

If a State tries to enforce its laws in a foreign territory, it would be violating International Law. The enforcement of decisions of power in a foreign territory can only take place in the context of international cooperation between States. The State in which territory a measure of power is enforced has either enforced it itself, or else given its consent to its enforcement by another State.

72. Concerning the law-making power, and regarding the controversial situations mentioned above, we must consider the fact that, if a State decides, through its conflict rules, that its laws must be enforced upon its nationals on account of foreign events, it is making that decision through rules –conflict rules– which must be enforced upon its own territory (*lex fori*), upon the premises that there exists a legal conflict which was presented to its bodies. Also, when based upon a State’s conflict rules, nationals from another State must be subjected to their own State’s law, on account of events which did not happen within its territory, then the basis of this law-enforcement is to be found in the State power upon which it is enforced.

73. Besides, when a State takes as factual premises not conflict rules but material laws –events which did not happen within its territory and were related to its nationals– it is in any event establishing through these laws some legal consequences to enforce upon the territory itself. These are rules in which the factual premises take into consideration the foreign element and which are made by the State with the aim of enforcing them on its territory.

74. The law-making power cannot be conceived without a legal System. A legal System cannot be conceived without a State, because those entities integrated within the State are included in the State legal system. In their turn, the legal systems of supranational organizations are enforced in the States because they have previously agreed to it. A State cannot exist without a territory, as the latter is an essential element. And a legal System cannot exist without law-enforcement, simply devising the laws, because it would prove to be useless as a consequence of its ineffectiveness. Consequently, the State’s law-making power cannot ever be separated from the power of the State over its territory.

75. SAINZ DE BUJANDA has argued that whenever a State loses sovereignty over a part of its territory –as a consequence of an international agreement or simply through occupation– then the occupying State can declare the uselessness or ineffectiveness of the previous State’s laws³⁰. This clearly shows the extent to which law-making is necessarily bonded to the State sovereign power over the territory.

IX. Essential Elements of Fiscal International Law

76. Retaking the previous thought and given the evolution of the fiscal international phenomenon stemming from the development of transnational trade and circulation, there is a need to reconsider the validity of the idea of sovereignty in the field of taxation. The legitimacy of the concept of sovereignty regarding Taxing Power at a national level has long been a topic of discussion –but today the concept has been played down. Obviously, sovereignty cannot be presented nowadays as the direct basis of Taxing Power. The people, with whom sovereignty resides, approve the Constitution, and there it states the conditions and limits to the State taxing power. Therefore, the legal basis of Taxing Power lies in the Constitution. But, at an international level, considering the State an International Legal subject, sovereignty is presented as one of its essential elements. This is useful to determine the State powers over the territory and over the subjects linked to it, excluding foreign interventions which could affect the independence of the State and, consequently, acts of a fiscal nature.

77. Sovereignty considered as a State element, subject to International Law, has also changed. It is no longer conceived as something illimitable and indivisible, but as including a diversity of com-

³⁰ Cfr. F.SAINZ DE BUJANDA, *Lecciones de Derecho Financiero*, eighth edition, Complutense University, Faculty of Law, Publications Section, Madrid, 1990, page 53.

petences. Once these are singled out, the State can decide upon their ascription to a supranational entity. This explains why the States have been able to bestow upon the European Union the exercise of the competences of their Constitutions and thus, amongst them, the exercise of competences in the fiscal field. This breaks with the notion of State sovereignty as something indivisible.

78. Within the State, we can distinguish between the law-making and the law-enforcement powers. Law-enforcement is presented as a manifestation of the State sovereign power over its territory. If a State tries to enforce its laws in a foreign territory, it would be violating International Law. The enforcement of decisions of power in a foreign territory can only take place in the context of international cooperation between States. The State in which territory a measure of power is enforced has either enforced it itself, or else given its consent to its enforcement by another State.

79. Regarding the question of whether the law-making power does or does not represent a manifestation of the territorial power and bearing in mind that there are certain controversial cases that could imply a negative answer, we must consider that if a State decides through its conflict rules that its laws must be enforced upon its nationals on account of situations that took place abroad, it is making that decision through rules –the aforementioned conflict rules- which must be enforced upon its own territory. These rules are based on the existence of a Legal conflict presented to its bodies. Also, when as a consequence of the conflict rules of one State, this State's law must be enforced on other State's nationals –even if it is due to events which did not happen within its territory- the basis of this law-enforcement regulation stems from the power of the State on which it is enforced. Nevertheless, the scope of conflict rules does not include Tax Law, but we still consider them from a perspective characterized by a general approach to the functioning of the legal System. Also, when the factual premises –not conflict rules but material ones- of a State are events which have not taken place within its territory and concerning its nationals, it is at any rate, establishing legal consequences from these laws to be applied on the territory itself. These are laws the factual premises of which take into consideration the foreign element and which are devised by the State, with the purpose of enforcing them on their own territory and by its own bodies.

80. The law-making power cannot be conceived without a legal System. A legal System cannot be conceived without a State, because those territorial entities of an inferior nature integrated within the State are included in the State legal system. In their turn, the legal systems of supranational organizations are enforced in the States because they have previously agreed to it in previously-agreed terms. A State cannot exist without a territory, as the latter is an essential element. And a legal System cannot exist without law-enforcement, simply devising the laws, because it would prove to be useless as a consequence of its ineffectiveness. Consequently, the State's law-making power cannot ever be separated from the power of the State over its territory.

81. Taxes must be enforced by an entity entitled to do so. But once created, in order to be effective, specific administrative units are required with the power to manage and raise them. It is this double dimension of taxation –its law-making process and its enforcement which helps us delimit fiscal capacity.

82. Nowadays, wealth located outside the State boundaries is taxed. This wealth corresponds to subjects residing within the territory of the taxing State, in which case there is a link between the subject and the territory based on the place of residence. More uncommonly, it may correspond to nationals even if they are not residing in their homeland. In the latter case, the link between the subject and the territory is not comparable to that of the resident. Indubitably, nationals have a personal relation with the State, but they are also potentially linked to its territory, since they may return to it whenever they wish. Likewise, they also have a potential relation with the public services offered by the territory, or there existing. They also have an interest in the State's existence and, therefore, in the territory. It is therefore reasonable that nationals are compelled to economically contribute to the financing of the public

services of the State territory. It is true that in this case, of small relevance in the contemporary taxing systems, nationals have a predominantly personal relation with the State, but they cannot be considered completely alien to the State territory. Therefore, this case of practical ineffectiveness cannot make us think that law-making taxing power is totally unrelated to the State power over its territory. This link always exists to a larger or lesser extent, and we need to bear in mind the considerations made above on the subject of Law at large. Let us consider that a State creates a tax with the aim of making it effective, and this effectiveness is originally confined to its territory; this goes to show that the power to make tax laws effective is rooted in the State power over the territory.

83. Therefore, the legislative taxing power of the State is linked to its territory based upon several reasons: firstly, because the links with the State taxing power are generally presented as –objective or subjective, as the case may be– links to its territory, usually with a territorial, not purely personal, nature. Secondly, because the public expenditures, which are financed with these taxes –to which the taxpayers must contribute in solidarity– are intended to cover public services provided within the State territory; to these services the nationals, although residing abroad, have a potential relation, as potential and free as their relation with their own State territory. Finally, because the rationale of the tax-law system requires coherence between the fiscal power and the power to render fiscal goals effective, being the latter limited by the national territory.

84. Tax rules are devised to be effective. The State, on its own, can make them so in a coercive manner only in relation to its own territory. A law-making power with no corresponding coercive-power would become useless. Thus, law-making normative power can never be severed from the State territory.

85. Regarding theoretical approaches to the use of the concept of territoriality in Tax Law, we suggest a double sense: a material sense and a formal one. In the first sense, territoriality involves describing the links with the territory of the State taxing the wealth under taxation, that is, the territorial link which tax law anticipates in the taxable base. Under this sense of territoriality we confront the issue involving the diversity of links with the territory, its legal limitations and the meta-legal considerations which may influence legal choice. These are all the considerations regarding law-making. On the other hand, there is a formal territoriality, which concerns the issues derived from the fact that one particular territory is only ruled by its own State's law –and not any other State's law, unless there is some form of consent by the State entitled to the territory. All things considered, here lie all the problems stemming from the limitations derived from the fact that a State can only enforce its laws in fiscal matters over its own territory, and not upon another State's territory unless there mediates that State's consent. These issues may all be included within territoriality in a formal sense, as they all collectively affect the law's effectiveness on the territory, whilst so-called taxing law extension would operate within the bounds of the territory in the material sense of the tax.

86. Regarding the discussion on whether, within taxation, territoriality should be related to tax, to tax law or to Taxing Power, it is important to bear in mind that, in the dichotomy tax vs. tax law, a tax is a legal institution, as far as it is created by an act of law and its existence is arranged by fiscal law. This is why there is no major problem in considering territoriality as an attribute of the tax or of the tax law. And regarding Taxing Power, the two dimensions pointed out by the doctrine must be brought to mind. On one side, legislative taxing Power would be fully included within the field of territoriality in a material sense, and it would be limited regarding tax law on territoriality, thus conditioning the links to the territory, which exist within the Law. Once the law-making process is over, regarding the existing links it is obvious that, concerning current positive Law, when questioning what exists within law, the limits to the legislator's work must always be taken into account. Territoriality will be dealt with in order to touch upon one aspect or the other, depending on what our main focus is, but those will be intimately linked aspects, also concerning their territoriality. On the other side, the evolution of the concept of Tax Law has shown to us one aspect of Power to make the State's taxing claims effective. Also, in the development of this Power by the State bodies, territorial limitations to their power are based on the field of

territoriality in the formal sense. All this reveals how territoriality may be discussed, regarding taxation, in order to allude to the tax, to Tax Law and to Taxing Power.

87. The answer to the question of whether the issue of residence should be included in the concept of territoriality or not has, in the first place, the need to determine if territoriality can be discussed regarding the passive subject or any other subjective element. From a broad perspective of territoriality, there would be no objections to such a view. But we must bear in mind that we may move, not only within the field of the passive subject, but also within that of the subjective element to be taxed. And if nowadays nationality were relevant as a linking point in Tax Law, then the territorial aspect of residence would stand out in a more emphatic manner by opposition to it. Even though residence can be considered a quality or a condition pertaining to the particular person, there is no doubt that it is defined in relation to the territory. This is why the concept of residence cannot be severed from that of territoriality according to Tax Law. From a different perspective, we may argue those criteria of attachment to the territory considered by Tax Law are various and different. Thus, in the first place, there must be a distinction between objective and subjective; similarly, various and different are the fiscal and legal consequences in each case.

88. Furthermore, residence is presented, within contemporary taxing systems as a link with a central relevance in terms of the taxation on the passive subject's worldwide income, and on their estate across the world, within those systems which have a general tax on estate. Residence is not only relevant regarding direct taxation, but also in connection with indirect taxation.

89. The territorial -in a material sense- dimension of the tax itself is determined by the link between the taxable event and the passive subject, on one hand, with the territory. This link may also influence those elements pertaining to the quantification of tax liability.

90. Together with the influence that territorial factors may have on the taxable event, on the passive subject and on those elements required to quantify tax liability, such factors may also influence on the legal regulation of concerning tax enforcement.

91. If the territorial factors surrounding the tax as such have an influence upon its essential elements, it is reasonable that the characteristics of the tax are also affected by these territorial factors, especially given the fact that such characteristics are a consequence of what those elements are like.

92. Theoretically, the State's legislative Power can come across, regarding tax law on space, a series of limitations which could consist of the obligation to adopt the criterion of territoriality concerning the taxation of wealth in certain cases or in the obligation to follow this criterion in a certain way, or to a certain extent, conditioning thus the delimitation of the linking points of taxation. Among these limits, we must single out those of General International Law, Conventional International Law, EU Law and Constitutional Law.

93. In international conventions and agreements intending to avoid double taxation we may find express evidence of the absence of General International Law rules which define, in a general sense, territorial duties in the materiality of the tax. Whenever these conventions explicitly allude to the rules of General International Law regarding the taxation of diplomats they then acknowledge the existence of those types of rules related to these subjects' taxation, but not regarding international taxation at large. In this way it is shown how the States do not accept the existence of a General International Law rule prohibiting international double taxation.

94. The fact that, in article 31 of the Spanish Constitution of Spain simply states "all", without further clarification, suggests that both, nationals and foreigners, may be the duty bearers in this article. Nationals are linked to the State by political solidarity, but also by economic and by social solidarity.

Foreigners, on the contrary, can only be linked to the State by economic and social solidarity. Given this, article 31 should be interpreted in the sense that, according to the foreigners' taxation, there should be an economic link to the Spanish territory which may be assessed in terms of taxable capacity. However, although there is a duty of political solidarity regarding nationals with the State, this does not prevent the tax legislator from choosing to give up the nationality link, for reasons of equity and effectiveness.

95. The States cannot proceed without permission in a foreign territory. A State, by itself and through its own civil servants, cannot enforce its Law outside its national borders, because these delimit the reach of its territorial sovereignty. This is a principle of General International Law. Non-compliance with this rule involves violating another State's sovereignty and committing thus an illicit international act.

96. In principle, a State's bodies cannot enforce their taxing power on another State's territory. Therefore, such bodies cannot make their State Taxing Power effective outside its territorial borders, with the exception of those cases in which there is an express consent, by the other State, to the intervention of foreign bodies upon its own territory. The inability of tax-enforcement by States on foreign territory, with the resulting State's impossibility to enforce, on its own, its tax rules upon a foreign territory and thus make its tax claims effective there, has called for the need to implement international mechanisms of cooperation between States, especially in the field of information exchange and revenue matters.

97. Although a particular State cannot enforce its power upon another State's territory without its consent, international organizations may enforce their power upon the territory of the member States based on the principle of conferring of competences, undertaken by the member States over the organization. This is what happens in the European Union.

98. When a State proceeds to levy another State's tax credit, there is not an actual enforcement of foreign Tax Law. When the tax authorities of a State proceed to levy foreign tax credit, they are not stating a foreign Law declaration. Rather, they just analyze if the foreign State's cooperation request complies with the previous requirements in the corresponding treaty or international legislative text, which will be formal and competence requirements. Foreign tax credit has, concerning the cooperating State, the nature of a legal act, because there is a rule which provides it with legal effects in the system. This rule is the one included in the corresponding international agreement and which, as previously stated, becomes national Law, or the one included in the corresponding secondary Community Law's legislative text. Community Law, it must be emphasized, has in principle direct effect over the national systems. We must also note that the State's tax authorities do not arrange for the assessment of the foreign tax credit claim. The aforementioned action by the legal tax agent is different from what legal bodies do when faced with Private International Law enforcement. Bilateral conflict rules call for foreign legal rules. Foreign tax credit levy is, as previously stated, completely different. At any rate, with such levy, the State holding the tax claim witnesses that it becomes effective in foreign territory. However, this does not mean that foreign Tax Law has been truly enforced.

99. The boundaries analyzed regarding territoriality in the formal fiscal sense have forced the States to establish, among themselves, cooperation mechanisms in tax enforcement. These forms of cooperation do not actually represent exceptions to those limits of tax territoriality in the formal sense, but instead they are mechanisms intended to overcome these limits. The reason is that within these cooperation acts, although these activities are promoted in order to encourage the foreign State's tax claims, the Taxing Power which is enforced is that of the very State in which the act is taking place. It is this State's bodies who enforce their powers, not those of the foreign State's. This will help make the foreign State's tax claims effective, and it will help fulfill what was determined by the tax laws devised according to that foreign State's Taxing Power. Here, a State, based on its Taxing Power, orders its bodies the enforcement of their own powers in the development of the cooperation acts, but this does not mean that a State may enforce its Taxing Power in foreign territory. In short, a State takes action upon its own territory to help another one, that is, it is not the foreign State that takes action, but the State of the territory where acts

of cooperation are implemented. When there are mechanisms of international cooperation concerning territoriality in a formal sense, this does not imply that the State's taxing power may be enforced beyond the limits of the territory itself and violate another State's territory. Instead, it just means that there is a mechanism of international cooperation whose aim is to overcome the problems derived from the general limitation concerning territoriality in a formal sense. Therefore, when the mechanisms of international cooperation concerning territoriality in a formal sense are implemented, the action taken upon the State Taxing Power is that of the State whose bodies take the action, that is, that of the State who is asked to cooperate, and not the State who requests the cooperation; this latter State is the holder of the tax claim. All this may find an exception in those cases in which a civil servant from a foreign State's revenue service is allowed to act upon national territory, even though it might be just to make a public notification or to carry out inspections. But, at any rate, there must be -even in these cases- an intervention of the State on the territory of which the action is taken, as long as the State has consented to these actions or agrees to be obliged by the corresponding rules devised.

100. There is no General International Law rule or principle preventing a State from cooperating with another one in the latter State's tax enforcement, and which acts upon its territory with that very aim. This can be seen in the existing examples of cooperation between States in this field. Such examples prove that the States are not bound by that uncertain General International Law rule, a rule which does not exist. Moreover, it would be contrary to International Law and to the International Society's current state of development to consider the links of international cooperation between States closed by International Law itself.

101. Furthermore, we are persuaded that there is no General International Law principle or international custom which forces the States to cooperate in the enforcement and levy of foreign tax. If there was such a rule, then there would be no need for the existence of international agreements and other international texts -think for instance of Secondary Law's legislative texts -establishing mechanisms of cooperation in this field. But you could also think that such international conventions are there to grant legal certainty in this field, codifying an international custom which already existed in it. Yet in comparing these two different statements and given the strong territorial nature of Tax Law we have encountered in the present work, there is no guarantee at all that the States feel compelled by that hypothetical international custom. Furthermore, a State cannot always admit the tax acts of another State without questioning certain aspects concerning those. This is to say, a State should be free to judge and decide upon its own constitutional principles and based on the socio-economic political perspectives prevailing when the foreign tax ought to be enforced, given it is the State's duty to determine the limits of enforcement -especially when the amount has to be delivered to a foreign State. We are persuaded, then, that the States should be considered free-which is to say, not bound by General International Law- to either develop or not develop such cooperation, unless there exists a norm from International Law agreements or an EU Law rule enforcing such duty. Nevertheless, it must be admitted that this kind of cooperation would be very convenient, desirable and suitable to the cooperation spirit expected to occur within the International Community. As a matter of fact, that the States are under no obligation to cooperate in this field does not, obviously, imply that they cannot do it and that it is not convenient that they do: hence the need to strengthen and increase the mechanisms of international cooperation on taxation. The fight against international tax evasion through tax havens has not quite reached the expectations that the measures implemented by the European Union and the OECD had created. Actually, not even the multilateral Agreement of administrative assistance on taxation can sort out this problem in any significant way, despite the expectations it had also created. That said, the fact that a General International Law principle which forces the States to cooperate in the tax sphere -when there is no international convention for it- cannot be legally maintained does not necessarily mean that, at a global or world level, there cannot exist some United Nations-based lines of action which compelling them in this sense. This would be mostly addressed to those states which are tax havens and the actions of which could be considered contrary to the spirit of the aforementioned international organization, with all the consequences this could carry.

102. Given the validity of the principle of legality on taxation and the principle of legal reservation, as a depiction of that principle, Tax Law is considered mostly in the Law. Keeping this in mind, the fact that the General Principles of Law as sources of Tax Law have not proven to be very effective at all has traditionally been noted. This is regarding the former as principles from which the different legislations stem, without being expressly included in Law or enshrined in the Constitution, since, in these cases, they become expressly written law and their effectiveness does not depend on their nature *qua* principles, but according to the status of the legislative text which expressly includes them. In this same line, the validity of custom as a source of Tax Law is often denied. Yet, in the sphere of International Tax Law, custom and the General Principles of Law do have certain validity as sources of Law. However, this validity is quite reduced if compared to the width, proliferation and development of other types of sources of International Law. Obviously, this does not justify the neglect of such customs and General Principles of Law.

103. Concerning International Tax Law, the most studied branches are those pertaining to International Treaty Law, that is, a field made up of international conventions and EU Law. This only seems logical if we keep in mind that these are both the two legislative international scopes with the biggest practical influence in limiting or conditioning the taxing Power of the States. Yet, together with these two International Law branches General International Law also affects taxation, if only in a much more limited way, in practice, than International Treaty Law and EU Law. This may be the reason why this field has been understudied by scholars, when compared to the attention paid to the other two. However, the effect of General International Law on taxation is the most obvious and essential, and constitutes the foundations of international taxation. This effect is mostly found regarding the effectiveness of tax law in the territory, although it may also have some importance concerning the scope of Law. It is because of this that we believe that the study of the effect of General International Law on taxation should not be overlooked, which is what academics have been doing. Instead, the development of its analysis, within International Tax Law, should be fostered. In short, General International Law rules seem to represent the essential legal parameters that legal globalization should meet. Also, it is important to determine to what extent the idea of tax justice should be taken into consideration, from the perspective of international tax relations, and stemming from European practice.

X. Conclusion

104. When international conventions were not so developed, the need to use General International Law to find a solution to the international tax issues was clearer. The subsequent technical development of international agreements and conventions in order to avoid double taxation, especially in light of the OECD Model and the increase in the amount of conventions signed in that sense, albeit providing international taxation with a greater relevance, also neglected the general principles of International Tax Law, turning them into General International Law principles.

105. With time, it has become self-evident that there are States consistently refusing to sign any international convention which involves collaboration with other States within the scope of taxation. The reason is that these States want to profit from the lack of cooperation which allows them to remain as tax havens, guaranteeing lack of fiscal transparency towards their national fiscal administrations to those who transfer their funds to these territories.

106. Only the attempt to find a general principle underlying international collaboration in the fight against tax dodging, which would even link those States which have not signed an international cooperation agreement on taxation, could help effectively fight tax havens. This way, the solution to these problems can only come from the recovery of General International Law concerning taxation, and adapting it to current reality.

107. That States respect other States' essential elements means respecting their population, their territory and their sovereignty. Sovereign decisions are required for a State to be said to be operational,

and these decisions are interpreted as policies for action that need to be financed. The moment a State does not collaborate with another State to make its own taxes -which it legally owns- effective, it is in a certain way disregarding the latter State's sovereignty; consequently, the non-cooperating State would not be acting in accordance with the general rules of International Law. Therefore, even in those fields which are not regulated by fiscal International Treaty Law, some compulsory lines of action could be drawn, and they should be considered prior to any international convention trying to provide them with international legal certainty.

108. The organization of current International Tax Law cannot be achieved simply by means of some technical improvement of the rules aiming to avoid international double taxation, or through those concerning the mechanisms of exchange of tax-relevant information. The increase and structuring of the international dimension of the tax must stem from the preliminary premise of determining the legal parameters which could define the possibilities of the development of the International Tax phenomenon. This should be attempted addressing both its limitations and its possibilities of expansion. This will not require a review of which the general rules and principles of International Law are. These will serve as the foundation of taxation, and how they affect tax relations between States will also have to be examined.

109. Not too long ago, international tax law seemed to be a part of Tax Law which only had to be examined in a casual or secondary way; furthermore, it did not require any special attention. Yet, the growth of this field of Tax Law was increasingly noticed, even though not all scholarship predicted that it would become as central in the field. Nowadays, International Tax Law represents the most developed field within Tax Law.

110. The development pursued by contemporary International Taxation cannot be restrained. However, this growth cannot ignore the essential parameters upon which International Tax phenomenon has to be built and which have been, and must be, the basis of International Tax Law.

LA TUTELA PREVENTIVA DE LA LACTANCIA NATURAL Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA PRAXIS JUDICIAL EUROPEA Y NACIONAL: LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN SUPUESTOS DE INCORRECTA EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES

PREVENTIVE PROTECTION OF BREASTFEEDING AND SEX DISCRIMINATION IN EUROPEAN AND NATIONAL JUDICIAL PRACTICE: REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF IN CASES OF INCORRECT ASSESSMENT OF OCCUPATIONAL RISKS

INMACULADA MARÍN ALONSO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0002-8871-1020

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4628>

Resumen: Este trabajo muestra cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplica de manera transversal la normativa comunitaria sobre discriminación entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación en relación con la tutela preventiva de las trabajadoras en situación de lactancia natural y con la prestación de seguridad social que cubre dicha contingencia. El Tribunal europeo ha ocasionado un significativo cambio en la doctrina judicial española al considerar que la incorrecta evaluación de riesgos de puestos desempeñados por trabajadoras en situación de lactancia natural es una discriminación directa por razón de sexo. Tal entendimiento conlleva la inversión de la carga de la prueba tanto en el derecho europeo como en el interno, reforzando las garantías procesales de la trabajadora en situación de lactancia. Basta que ésta aporte indicios razonables de riesgos para su seguridad y salud y/o su hijo para que el empleador asuma la carga de demostrar la ausencia del riesgo alegado y la carencia de móvil discriminatorio. Se suaviza o elimina con ello la exigencia de los tribunales internos de acreditar la existencia de un riesgo específico para la lactante y/o su hijo, aplicándose la nueva doctrina tanto a la evaluación del riesgo en el puesto de trabajo desempeñado por la lactante como a las diferentes medidas adoptadas por el empleador para evitar el mismo.

Palabras clave: evaluación de riesgos laborales, lactancia natural, inversión de la carga de la prueba, discriminación por razón de sexo.

Abstract: This paper shows how the Court of Justice of the European Union applies Community legislation on discrimination between men and women in employment and occupation in a cross-cutting manner in relation to the preventive guardianship of breastfeeding workers and also to the social security benefit which covers this contingency. The European Court has caused a significant change in Spanish judicial doctrine by considering that the incorrect risk assessment of positions held by breastfeeding workers is discrimination on the basis of sex. Such an understanding implies a reversal of the burden of proof in both European and domestic law, thereby reinforcing the procedural guarantees of the worker. It is sufficient for the latter to provide prima facie evidence of risks to her safety and health and/or her child

for the employer to assume the burden of proving otherwise and the absence of discriminatory motive. The requirement of the domestic courts to accredit the existence of a specific risk for the breastfeeding worker and/or her child is thus softened or eliminated, applying the new doctrine both to the evaluation of the risk in the job performed by the breastfeeding worker and in the different measures adopted by the employer to avoid it

Keywords: occupational risk assessment, breastfeeding, reversal of burden of proof, sex discrimination.

Sumario: I. La intervención de la doctrina judicial europea en la protección de la seguridad y salud de la trabajadora lactante y su hijo. II. Factores desencadenantes de la “desprotección” de la trabajadora lactante en situación de riesgo en el derecho español III. La interpretación amplia de la protección de la seguridad y salud de la trabajadora lactante: la discriminación por razón de sexo en caso de riesgo para la trabajadora y/o su hijo. IV. El onus probandi en supuestos de discriminación por razón de sexo de la trabajadora en situación de lactancia. V. La protección de la seguridad y salud de la trabajadora lactante en el marco internacional, comunitario y nacional. 1. La tutela preventiva de las trabajadoras lactantes en la LPRL: la evaluación de riesgos «específica». 2. La dispensa de trabajo y la prestación por riesgo durante la lactancia natural. 3. La certificación médica del riesgo específico. VI. Nuevo reto: los riesgos «psicosociales» de la trabajadora lactante y su problemática identificación.

I. La intervención de la doctrina judicial europea en la protección de la seguridad y salud de la trabajadora lactante y su hijo.

1. En el último quinquenio se han producido numerosos cambios en el ordenamiento jurídico-laboral con ocasión de los pronunciamientos de Tribunales de Justicia Internacionales en nuestra disciplina¹. En el marco de los derechos relacionados con la situación de maternidad se han pronunciado recientemente tanto el Tribunal de Derechos Humanos -*vid* sentencia de 24 de enero de 2017, *Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia*, en relación con la maternidad subrogada²-, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en sentencia de 22 de febrero de 2018, *Asunto Porras Guisado, C-103/16* en el ámbito del despido colectivo de trabajadoras embarazadas-, siendo revelador cómo este último Tribunal desempeña un papel cada vez más incisivo en la evolución de los derechos relacionados con la familia y la maternidad en el marco de la Unión Europea.

2. No cabe duda que la protección pública de la mujer trabajadora en situaciones derivadas de la maternidad biológica es una cuestión de especial importancia en el ámbito del Derecho Social europeo, el cual no sólo mira por garantizar la seguridad y salud de la misma en el entorno laboral sino que entronca, además, con medidas de distintos órdenes para aliviar el envejecimiento de la población y la falta de natalidad. La regulación europea ha favorecido la evolución del Derecho Laboral y de Seguridad Social en España en relación a los derechos derivados de la maternidad biológica, la cual se ha inspirado en la regulación comunitaria y ha dado lugar a la metamorfosis del propio concepto de maternidad que, hasta hace poco tiempo, se equiparaba a la situación de enfermedad y formaba parte de la prestación de incapacidad temporal, además de ampliar los supuestos encajables en dicho término. No obstante, la preocupación por proteger la salud de las trabajadoras lactantes en todo lo relacionado con el hecho biológico de la maternidad ha permanecido inamovible durante años tanto por la normativa comunitaria como por la legislación española, siendo esta circunstancia la que, gracias a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha evolucionado en orden a ampliar las garantías de la mujer trabajadora en dicha situación.

¹ A título de ejemplo, puede mencionarse, entre otras muchas, la STJUE 13 de mayo 2015, *Asunto Rabal Cañas, C-392/13* y STJUE 11 de noviembre 2015, *Asunto Pujante Rivera, C-422/14 y C-392/13*, sobre el concepto de centro de trabajo a efectos de despidos colectivos; la STJUE 1 diciembre 2016, *Asunto Daouidi, C-395/15*, en relación con la discapacidad, o la conocida sentencia de 14 de septiembre de 2016, *Asunto De Diego Porras*, sobre indemnización por extinción contractual, tema sobre la que ha vuelto a incidir la STJUE 21 de noviembre 2018, *Asunto Ministerio de Defensa contra A. de D.P., C-619/17*.

² Sobre la maternidad subrogada en el TJUE puede verse la sentencia de 18 de marzo de 2014, *Asunto CD, C-167/12* que deniega a una madre subrogante el permiso por maternidad por entender que la maternidad por sustitución no se incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85 aunque la madre subrogante pueda amamantar al niño tras su nacimiento.

3. Conviene señalar que de la situación genérica de maternidad derivan diferentes derechos relacionados con la lactancia de los hijos que, en función del distinto objeto jurídico de protección, tienen una regulación y protección diversa. Así, la lactancia natural deriva exclusivamente de la maternidad biológica y se basa en el derecho de la mujer de alimentar a su hijo mediante dicho sistema, siendo la seguridad y salud de la trabajadora lactante y su hijo el bien jurídico protegido. La preocupación del legislador por la seguridad y salud de la trabajadora y su hijo se centra en tal caso en la lactancia natural o mixta, dejando al margen de la tutela preventiva a la lactancia artificial³. En los supuestos en que la trabajadora no opta por la lactancia natural, los derechos relacionados con esta situación giran en torno a la necesaria conciliación de la vida familiar y personal de las personas trabajadoras, donde el principio de igualdad entre hombres y mujeres hace que ese bien jurídico se articule de manera igualitaria entre padres y madres trabajadoras⁴.

4. El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la lactancia en esos dos ámbitos bajo el prisma del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres: uno, en el marco de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, en su sentencia de 30 de septiembre de 2010, *Asunto Roca Álvarez*, en relación con el ejercicio del derecho de lactancia del padre y la madre, con independencia de que ésta sea o no trabajadora por cuenta ajena⁵, y otro, en el ámbito del derecho a la seguridad y salud de la trabajadora lactante y su hijo, donde evidencia que el principio de igualdad entre mujeres y hombres no impide valorar las peculiaridades de la mujer trabajadora en la evaluación de los riesgos laborales, en las medidas preventivas y en los mecanismos de indemnización en supuestos de existencia de riesgos para la seguridad y salud de la lactante y su hijo⁶.

³ F. NAVARRO NIETO, “La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural”, *Relaciones Laborales* nº 5, 2012, pág. 46; S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, “Riesgo laboral durante la lactancia natural: desconformidad sobre la evaluación de los riesgos y carga de la prueba”, *Trabajo y Derecho* nº 38, 2018, La Ley 433/2018, pág. 2

⁴ Las transformaciones sociales que han provocado la desvinculación de la mujer con su papel tradicional de cuidadora exclusiva o principal del entorno familiar tampoco han afectado a la necesaria protección que el hecho biológico del embarazo y la lactancia natural requieren, sino a moldear, en su caso, los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral que de tales situaciones se deriva. Al respecto, véase S. OLARTE ENCABO, “La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial?. A propósito de la STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum nº 2, 2015; también, J.L. MONEREO PÉREZ, y M.B. LÓPEZ INSÚA, “La renovada tutela social de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación”, *RGDTSS* nº43, 2016. Pero las medidas destinadas a proteger la seguridad y salud de la mujer lactante no son, por tanto, actuaciones encaminadas a conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, sino medidas que tienen por objetivo garantizar la seguridad y salud de las trabajadoras en especiales circunstancias de riesgo, así como la protección de la infancia y la familia. En tal sentido, el objeto de protección en caso de riesgo durante la lactancia natural es, sin duda, la salud de la mujer trabajadora y/o de su hijo y no la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en las cargas familiares o la conciliación de la vida familiar y laboral. La titularidad de los derechos encaminados a la protección de la salud relacionadas con el hecho biológico de la lactancia la ostenta únicamente la mujer trabajadora que alimente a su hijo de forma natural o mixta, mientras que la titularidad de los derechos de conciliación familiar y laboral relacionados con la lactancia abarcan, aunque con distinto alcance, a hombres y mujeres como ocurre, por ejemplo, con el disfrute paterno del derecho al permiso de lactancia o, en el caso de la licencia por maternidad, con la diferente duración del permiso de maternidad o paternidad.

⁵ El TJUE enjuiciaba la conformidad de la redacción previa del art. 37.4 ET con la normativa comunitaria. En la normativa española se atribuía la titularidad a la trabajadora, si bien el permiso podría disfrutarse indistintamente por padre y madre en el caso de que ambos trabajasen, lo que suponía que el trabajador no podría disfrutar del derecho en caso de que la madre no fuese trabajadora; el TJUE declaró dicha regulación contraria a lo dispuesto por el artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE. Sobre este pronunciamiento véase a J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Límites a la conciliación: de las necesidades de flexibilidad a la insuficiencia de las reducciones de jornada”, *Trabajo y Derecho* 46, 2018, págs. 14 y ss, que señala que con ello se pone fin a una inadecuada manifestación legal de que la conciliación es una actividad que debe recaer sobre las mujeres y se avanza en la dirección más correcta de la corresponsabilidad. En todo caso, advierte que esta reforma no resuelve todos los posibles problemas que pueden plantearse en materia de titularidad de este derecho (v. gr. falta de acuerdo sobre quién disfrutará el permiso), planteando que la posibilidad del reparto del derecho entre ambos facilitaría la corresponsabilidad. En el ámbito público puede verse a J.M. CHAMORRO GONZÁLEZ, “El permiso de lactancia como un derecho individual del funcionario y la consiguiente intrascendencia de la situación laboral del otro progenitor (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de septiembre de 2015 y del caso Maïstrellis, C-222/14)”, *Actualidad Administrativa* nº 3, 2016. Véase al respecto la STC 175/2011, completada con la sentencia de 16 de julio de 2015 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Maïstrellis, *asunto C-222/14*, que expresamente «que el derecho parental para cuidado de hijo recién nacido es un derecho individual del funcionario que no puede depender de la situación laboral del otro progenitor».

⁶ Véase a C. FERRADANS CARAMÉS, “Género y prevención de riesgos laborales”, *RDS* nº 53, 2011, pág. 146; R. POQUET CATALÁ, “Inexistencia de evaluación de riesgos específica de los puestos de trabajo de las trabajadoras en período de lactancia

Este último aspecto es el que centrará nuestra atención en las próximas páginas debido a la importante innovación sufrida en esta materia por la STJUE de 19 de octubre de 2017, en el *Asunto Elda Otero vs Servicio Gallego de Salud, C-531/15*, que ha establecido un nuevo referente en la polémica tutela de las trabajadoras lactantes por los tribunales de nuestro país y cuya doctrina ha sido reafirmada en la STJUE de 19 de septiembre de 2018, *Asunto González Castro, C-41/17*. La reciente recepción de la doctrina asentada en tales pronunciamientos por nuestro Tribunal Supremo en las sentencias de 3 de abril de 2018⁷, 26 de junio de 2018⁸ y de 11 de julio de 2018⁹ representa el incremento de las garantías procesales establecidas para la trabajadora lactante y su hijo y, como consecuencia, una mayor facilidad para el acceso a la prestación de riesgo durante la lactancia natural que, debido a su carácter subsidiario y complejo¹⁰, ha tenido hasta el momento un bajísimo índice de disfrute por las trabajadoras lactantes de nuestro país, tal como evidencian las estadísticas oficiales. En concreto, puede verse que en los últimos cuatro años el número de prestaciones ha sido el siguiente¹¹:

Total de regímenes	Nº medio mensual de procedimientos iniciados	Nº de procesos en vigor al final del período considerado	Duración media de los procesos finalizados
2018	71,8	412	139,41
2017	66,17	422	135,59
2016	67,33	435	134,76
2015	60,33	400	134,4

Tales datos, sin embargo, combinan mal con la alta conflictividad que esta prestación ha generado en los Tribunales de Justicia españoles, los cuales durante una década han interpretado de manera rigorista la normativa interna sobre la tutela preventiva de la trabajadora lactante. No ha sido hasta el reciente planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de algunos tribunales internos cuando dicha doctrina se ha visto alterada de manera significativa.¹²

1. Factores desencadenantes de la “desprotección” de la trabajadora lactante en situación de riesgo en el derecho español.

5. Las dificultades para obtener una protección integral de la trabajadora en situación de lactancia natural se han sustanciado, principalmente, en los siguientes factores: primero, en la complejidad de la evaluación del riesgo «específico» del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora lactante; segundo, en el carácter subsidiario de la prestación por riesgo durante la lactancia natural y, tercero, en la inexistencia de garantías procesales a favor de la trabajadora lactante para acreditar la existencia de

y discriminación por razón de sexo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, 2018, pág. 173.

⁷ RJ 2018/1970.

⁸ Rec. nº 1398/2016.

⁹ Rec. nº 396/2017.

¹⁰ De medida última y excepcional la califica I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales* nº 116, 2012, pág. 158.

¹¹ Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística, <http://www.seg-social.es>.

¹² La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia acordó suspender el procedimiento para elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE respecto a si un informe médico de la situación de riesgo presentado por la trabajadora podía constituir un hecho sobre el que presumir una posible discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En este proceso, la Sra Otero solicitó a la Dirección Provincial del INSS de A Coruña la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural de su hija a efectos de la concesión de la prestación correspondiente de seguridad social. El INSS rechazó su solicitud en base a la evaluación de riesgos que declaraba que el puesto desempeñado por la trabajadora era exento de riesgo y el informe del servicio de medicina preventiva que consideró a la trabajadora apta para el servicio. Contra esta denegación la trabajadora interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, presentando ante dicho órgano un informe de la jefa del servicio de urgencias del centro hospitalario donde trabajaba que indicaba la existencia de riesgos. Tras la desestimación de su recurso en el Juzgado presentó recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En concreto, véase la STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2017.

un riesgo para su salud o la de su hijo. Esta última circunstancia ha estado íntimamente ligada a la falta de apreciación por nuestros tribunales de justicia de una posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo ya que daban por hecho que las norma reguladoras en materia preventiva estaban desprovistas de cualquier tipo de discriminación directa o indirecta por dicha causa. No se aplicaba, en consecuencia, el art. 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS en adelante)¹³ respecto de la carga de la prueba en casos de discriminación en relación con el art. 181.2 de la misma¹⁴, sino que se aplicaba la regla general en materia probatoria según la cual al actor corresponde probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende el efecto jurídico de la demanda (apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC, en adelante¹⁵- y art. 95 LRJS). Es, precisamente, el cambio que el TJUE opera en la naturaleza del derecho vulnerado el que provocará, a partir de ahora, la aplicación de las medidas procesales protectoras para la trabajadora lactante en materia probatoria.

2. La interpretación amplia de la protección de la seguridad y salud de la trabajadora lactante: la discriminación por razón de sexo en caso de riesgo para la trabajadora y/o su hijo.

6. La inclusión de la perspectiva de género en la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras lactantes se ha convertido en una seña de identidad en el marco de la Unión Europea. Ello se ha alcanzado a través de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, desempeñando éste un papel fundamental en la evolución jurídico-social de los Estados miembros¹⁶. Al respecto puede decirse que la inclusión de la perspectiva de género en el marco de la seguridad y salud define a las sociedades avanzadas, motivo por el al ordenamiento jurídico español no le queda más remedio que asumir dicha tendencia y encaminar sus esfuerzos a hacer realidad la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en los supuestos de lactancia natural. A ello le conmina el TJUE en dos pronunciamientos recientes: la sentencia de 19 de octubre de 2017, *Asunto Elda Otero, C-531/15* y la sentencia de 19 de septiembre de 2018, *Asunto González Castro, C-41/17*, las cuales entienden que la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras en situación de lactancia natural debe realizarse de la manera más extensa posible y sin limitarse a la estricta aplicación de las Directivas existentes en materia de seguridad y salud laboral.

7. La protección integral de las trabajadoras en situación de lactancia natural se ancla en el derecho a la igualdad y no discriminación, el cual es un derecho reconocido en todos los ámbitos jurídicos y órdenes jurisdiccionales, vinculado además al derecho a la tutela judicial efectiva para hacer realidad el mismo¹⁷. Particularmente importante para nuestro estudio es la Directiva 2006/54/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio CEE sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹⁸, la cual tiene por objeto “garantizar

¹³ BOE nº 245 de 10 de octubre de 2011.

¹⁴ El Tribunal Constitucional entiende que “la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo”, hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 138/2006, de 8 de mayo, y 342/2006, de 11 de diciembre). En el TS pueden verse las sentencia de 20 de enero de 2009 –rec. nº 1927/0- de 29 de mayo de 2009 –rec. nº 152/08- y de 13 de noviembre de 2012 –rec. nº 3781/11-.

¹⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil publicada en el BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

¹⁶ Véase al respecto, por ejemplo, la STJUE de 14 de julio de 2016, *Asunto Ornano, C-335/15*.

¹⁷ La igualdad de trato y no discriminación se reconoce tanto en la normativa internacional como comunitaria e interna. Así, la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconocieron ya ese derecho, siendo el Convenio nº 111 de la OIT de 1958, relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación, el que definió la discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basaba en motivos de [...] sexo [...] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1) . Incidieron en dicho principio los Convenios nº 122 y 156 de la OIT sobre políticas de empleo y trabajadores con responsabilidades familiares. Sobre este principio véase I. MARÍN ALONSO, “El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018.

¹⁸ DOUE-L-2006-81416.

la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación” (art 1), entendiendo que la vulneración del mismo puede ser directa o indirecta. La discriminación directa se define como la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, mientras que la discriminación indirecta se caracteriza por ser aquella “situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

8. La jurisprudencia europea insiste en que las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres pretenden proteger a la mujer en todos los aspectos relacionados con la maternidad, sosteniendo que el objetivo perseguido es proteger a las mujeres antes y después del parto, por lo que “el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra c) de la Directiva 2006/54 y, constituir, por tanto, una discriminación directa por razón de sexo.

En tal sentido, la STJUE de 19 de octubre de 2017, C- 531/17, ha introducido como novedad la apreciación de que la ausencia de evaluación de riesgos específica o de evaluación adecuada de los riesgos para la trabajadora lactante implica, por sí misma, la existencia de una posible discriminación directa por razón de sexo al suponer un trato desfavorable para la mujer en dicha circunstancia en relación con otros trabajadores. Esta valoración reviste carácter objetivo y supone como resultado el incremento de las garantías procesales para la trabajadora en situación de lactancia natural. Lo relevante es que la perspectiva de género adquiere un papel trascendental en la doctrina judicial europea más reciente pues la existencia de una posible discriminación por razón de sexo (directa o indirecta) es lo que determina la aplicación de una concreta normativa comunitaria más favorable para la trabajadora lactante. La resolución judicial europea resuelve la polémica protección de la trabajadora lactante en base a la Directiva 2006/54/CE, cuya distinción entre supuestos de discriminación directa e indirecta ha sido recogida por nuestro derecho interno en la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres¹⁹.

9. El TJUE advierte que el incumplimiento empresarial de su obligación de seguridad y salud en el caso de trabajadoras en período de lactancia generará la posible apreciación de una causa discriminatoria directa que, por situar a la mujer en una posición de mayor vulnerabilidad o de trato peyorativo respecto de otros trabajadores, permitirá la inversión de la carga de la prueba en los mismos términos que cualquier otro derecho fundamental. Es la protección reforzada de los derechos fundamentales de los trabajadores lo que la doctrina del tribunal europeo extiende a los supuestos de ausencia de valoración específica de los daños que la trabajadora lactante pueda sufrir en el desempeño de su puesto de trabajo. La posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación y, conexo al mismo, del derecho a la tutela judicial efectiva, determinará la aplicación de un nuevo sistema indiciario de prueba al objeto de proteger la seguridad y salud de la trabajadora lactante y su hijo. La evolución que sufre este derecho es evidente en la medida que la falta de determinación empresarial de un riesgo específico para la lactancia natural ya no implicará, sin más, la inexistencia de riesgo para la lactante y su hijo.

En consecuencia, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los supuestos de incorrecta evaluación de riesgos del puesto de trabajo de la trabajadora lactante es el argumento fundamental para alterar el mecanismo probatorio. La conexión con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación producirá, como veremos, un importante resultado: el desplazamiento del *onus probandi* hacia el empleador.

¹⁹ Se entiende por discriminación directa la “situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratado por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”, mientras que la discriminación indirecta hace referencia a aquella “situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

3. El *onus probandi* en supuestos de discriminación por razón de sexo de la trabajadora en situación de lactancia.

10. La nueva visión del tribunal europeo reflejada en las SSTJUE de 19 de octubre de 2017, *C-531/15* y de 19 de septiembre de 2018, *C-41/17*, respecto de la posible existencia de discriminación por razón de sexo en el caso de falta de evaluación de riesgos específicos del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora lactante va a exigir la aplicación de la Directiva 2006/54/CEE sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, sin limitarse a la protección que estas trabajadoras obtengan a través de las Directivas existentes en materia de prevención de riesgos laborales. En concreto, conforme a la doctrina judicial europea, debe aplicarse lo previsto en el art. 19 de la Directiva 2006/54/CEE en relación con la carga de la prueba y, además, lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico en la LRJS sobre protección de derechos fundamentales (arts. 96.1 y 181.2).

Al respecto, el apartado 1 del artículo 19 de la mencionada Directiva dispone sobre la carga de la prueba 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, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”. El apartado 4 a) del mismo precepto señala que esa inversión de la carga de la prueba se aplicará a “las situaciones cubiertas por el artículo 141 del Tratado y, en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, por las Directivas 92/85/CEE²⁰ y 96/34/CE²¹ ...”. Por su parte, la LRJS dispone en su art. 96.1 sobre la carga de la prueba en casos de discriminación que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”; en materia de derechos fundamentales, el art. 181.2 LRJS añade, además, que “en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Tales disposiciones permiten que la trabajadora lactante pueda, mediante cualquier medio, aportar indicios de que la evaluación de riesgos laborales de su puesto de trabajo no se hizo de manera adecuada conforme a las Directivas comunitarias que regulan la seguridad y salud en el trabajo, siendo el empleador el que, a partir de ese momento, deberá demostrar lo contrario. Recuérdese que la Directiva Marco 89/291/CEE, de 2 de junio, impone al empresario tres obligaciones básicas: garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 5), disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, incluidos los que se refieren a grupos de trabajadores con riesgos especiales (art. 6) y adaptar el trabajo a la persona (art. 9); mientras que la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer en situación de riesgo durante la lactancia, señala, por otro lado, que la obligación empresarial de seguridad y salud abarca no sólo la delimitación de toda actividad que pueda presentar un riesgo para la salud de la trabajadora lactante y su hijo sino, también, la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición al riesgo, y el establecimiento de medidas que eviten el mismo (art. 4)²².

²⁰ 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). DOUE-L-1992-81903.

²¹ Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

²² El art. 4 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia, dispone: “Evaluación e información. 1. Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE,

11. Tanto la regulación comunitaria como interna en materia probatoria rompen con la regla general establecida en la LEC, esto es, con la premisa de que corresponde al actor probar la certeza de los hechos²³ en la medida que el juez no es un interviniente en los hechos controvertidos y resulta necesario aportarle una completa información de los mismos.²⁴ No obstante, con carácter excepcional, la ley permite, por un lado, la exoneración de tener que desplegar la actividad probatoria y, por otro, el establecimiento de presunciones. En tal sentido, la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres estableció que “cuando las alegaciones del actor se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”²⁵, provocando así, la inversión de la carga de la prueba, regulada en el art. 96.1 y 181.2 de la LRJS.

Atendiendo a una reiterada jurisprudencia constitucional, esta inversión no es automática sino que “exige al demandante la aportación de indicios suficientes para sostener una sospecha fundada de vulneración de un derecho fundamental, correspondiendo al demandado desvirtuar la anterior presunción acreditando que su decisión atiende a motivos objetivos, razonables y ajenos a cualquier móvil discriminatorio o lesivo”²⁶. No basta, al igual que con cualquier otro derecho fundamental, que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que permitan deducir que la vulneración del derecho se ha producido, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario, por tanto, que la trabajadora en situación de lactancia natural aporte una “prueba verosímil” o “principio de prueba” revelador de la existencia de un panorama discriminatorio de los que surja la sospecha lógica y coherente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la vulneración. No obstante, conforme a la doctrina europea en la materia que nos ocupa, tales condicionantes se superan cuando se presenta “un detalle minucioso acerca de las condiciones de empleo de la trabajadora y de cómo las mismas pueden afectar a la lactancia natural”²⁷. En tal caso, la aportación de nuevos elementos de prueba imparciales será suficiente para que la inversión de la carga probatoria se produzca.

deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder: - apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2; - determinar las medidas que deberán adoptarse. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 89/391/CEE, en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, y a las trabajadoras que puedan encontrarse en una de las situaciones citadas en el artículo 2, y/o a sus representantes, los resultados de la evaluación contemplada en el apartado 1 y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo”. Entre tales medidas se encuentra la obligación de comunicar a la trabajadora los resultados de la evaluación y todas las medidas implementadas para garantizar su seguridad y salud en el trabajo. Téngase en cuenta que la Directiva 92/85/CEE define a la trabajadora lactante como aquella que comunique su estado al empresario conforme a las disposiciones legales o prácticas nacionales. No obstante, nuestra normativa interna no impone la obligación de comunicar dicha circunstancia al empleador por lo que parece bastar con poner en conocimiento tal hecho al empleador.

²³ Según los apartados 2 y 3 de la LEC “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior [...]”.

²⁴ En tal sentido, señala el TS que “la carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más que entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tienen lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlo”: STS (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2013 –RJ 2013/3088. En el mismo sentido, SSTS (Sala de lo Civil) de 25 de abril de 2012 –RJ 2012/6100-, de 15 de noviembre de 2012 –RJ 2013/15- y de 27 de septiembre de 2012 –RJ 2012/9707-.

²⁵ Dispone el art. 13 respecto a la prueba que “1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes...”. Esta disposición se incorporó al apartado 5 de la LEC.

²⁶ Entre otras, STC 75/2010, de 19 de octubre. También SSTC 146/2014, de 22 de septiembre.

²⁷ SSTS de 3 de abril de 2018 –rec. nº 762/2017- y de 26 de junio de 2018 –rec. nº 1398/2016-. Vid. STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/15 y STJUE DE 18 de septiembre de 2018 –C-41/17-.

12. A este respecto no deja de llamar la atención que nuestros tribunales internos no hubieran considerado por sí mismos esta protección especial para los supuestos de lactancia natural con soporte en el art. 14 de la Constitución española y el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores que prohíben, de manera expresa, la discriminación por razón de sexo, siendo importante destacar que este derecho se sitúa por la doctrina constitucional entre el grupo de derechos regidos por la denominada prueba indiciaria, es decir, entre los que la complejidad de su demostración permiten al demandante aportar un panorama indiciario suficiente de que el trato desfavorable sufrido es discriminatorio, permitiendo tales indicios invertir la carga de la prueba y obligar al demandado a demostrar que su comportamiento obedece a una razón objetiva y razonable sin intención discriminatoria. Asimismo, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, también se habría podido realizar una interpretación amplia de los mecanismos de prueba aportados por las trabajadoras lactantes para demostrar la existencia de riesgo para su salud o la de su hijo, así como, en su caso, dar mayor credibilidad a los conocidos como riesgos psicosociales motivados por las formas de organización del trabajo que, en algunos supuestos, pese a su difícil objetivización y gestión, podrían encajar en los arts. 4 y 6 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. El tímido avance que respecto de la tutela de las trabajadoras lactantes supuso en su día la STS de 24 de abril de 2012²⁸ al afirmar que no existen condiciones de trabajo exentas de riesgo para la lactancia natural, no llegó a instaurar el esperado giro respecto de la doctrina judicial precedente que denegaba sistemáticamente la prestación de seguridad social cuando no se identificaba un riesgo específico para la lactancia natural conforme a la evaluación de riesgos y las certificaciones médicas aportadas por el INSS o las Mutuas .

13. Debe advertirse, sin embargo, que la nueva doctrina sentada por el TJUE no supone una ruptura total con la postura judicial mantenida anteriormente por nuestros tribunales respecto a la acreditación del riesgo específico, sino que meramente introduce la novedad de permitir una valoración “preferente” de otras pruebas presentadas por la trabajadora que podrían conducir a la acreditación del riesgo para la lactante o su hijo. En concreto, la aportación de informes o certificados médicos por parte de la trabajadora que manifieste la presencia de riesgos físicos, químicos, biológicos o psicosociales que afecten a la lactancia natural va a suponer un indicio de que la evaluación de riesgos puede no haberse efectuado adecuadamente por la empresa y, en virtud de ello, se entenderá producida una discriminación por razón de sexo que provoca la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de riesgos se realizó con arreglo al art. 4 apartado 1 de la Directiva 2006/54/CEE y no se vulneró el principio de no discriminación.

Además, conforme al nuevo criterio procesal también podrá valorarse si las medidas alternativas propuestas por la empresa para evitar un riesgo específico a la seguridad y salud de la trabajadora lactante *ex art.* 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos (en adelante, LPRL) pueden considerarse adecuadas para eludir el riesgo específico acreditado²⁹, dejando abierta la posibilidad de aportar indicios de riesgos por parte de la trabajadora que obliguen al empleador a demostrar lo contrario. En tal caso, como señala la STJUE de 18 de septiembre de 2018, *Asunto González Castro*, incumbe también al empresario acreditar que las medidas de protección eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

14. Ha sido, en definitiva, la aplicación de normativa europea en materia de igualdad y no discriminación, en concreto la Directiva 2006/54/CE, la base jurídica que ha permitido al TJUE sentar la base de la evolución en el estándar mínimo de prevención para las trabajadoras lactantes y no las Directivas, genérica o específica, en materia prevención de riesgos. Demuestra ello, en definitiva, que el compromiso por la seguridad integral y la promoción de la seguridad y salud en la empresa aún está en proceso de elaboración, siendo la «cultura preventiva» una asignatura pendiente, sobre todo, cuando se aborda desde la perspectiva de género.

²⁸ Rec. nº 3650/11.

²⁹ Esta cuestión ya se planteó en la STS de 24 de abril de 2012 –rec. nº 818/2011–.

4. La protección de la seguridad y salud de la trabajadora lactante en el marco internacional, comunitario y nacional.

15. Pese a que los riesgos para la maternidad y la lactancia natural no tienen por qué ser necesariamente los mismos, es cierto que, al derivar ambas del mismo elemento biológico, las regulaciones internacionales y nacionales suelen contemplar de manera común ambas situaciones y unificar los procedimientos para obtener la certificación de los riesgos en los puestos de trabajo desempeñados por mujeres en tales circunstancias.

16. La institución pionera en la protección de la lactancia natural ha sido la OIT, la cual ha pasado por diversas fases de protección como resultado de la evolución del papel de la mujer en el trabajo. Así, en una primera etapa, se aprecia el establecimiento por este organismo internacional de prohibiciones para la realización de determinados trabajos para la mujer con marcado carácter paternalista³⁰; más tarde, establece medidas preventivas de adaptación de las condiciones de trabajo para la mujer embarazada o lactante; y, por último, promueve la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, hasta el punto de considerar discriminatoria la existencia de normas protectoras de la mujer si no están vinculadas a la protección de la maternidad³¹. Ejemplo de tales etapas son, por un lado, el Convenio nº 103 de la OIT de 1952³² y la Recomendación 95 sobre protección de la maternidad, que fueron las primeras normas en establecer medidas destinadas a proteger a las trabajadoras en período de lactancia con carácter preventivo³³, y, por otro lado, el Convenio nº 183 de la OIT y la Recomendación 191 sobre protección de la maternidad en el año 2000³⁴, que dieron un paso más al establecer la necesidad de adoptar medidas que garantizaran la evaluación de todo riesgo para la seguridad y salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo, reconociendo entre las medidas específicas el derecho de la mujer –embarazada o lactante- a recibir comunicación de los resultados de la evaluación de riesgos en su lugar de trabajo y el derecho a la adopción, en caso de determinarse la existencia de un riesgo significativo para su seguridad o salud, de medidas que, bajo presentación de un certificado médico, se refieran a: 1) la eliminación del riesgo; 2) la adaptación de sus condiciones de trabajo; 3) el traslado a otro puesto de trabajo cuando la adaptación no sea posible; y 4) una licencia remunerada conforme a la ley y práctica nacional cuando el traslado a otro puesto de trabajo no sea posible³⁵.

³⁰ En España, véase el Decreto de 27 de julio de 1957 sobre prohibición a la mujer de determinados trabajos considerados peligrosos o la STC 22/1992, de 14 de diciembre que declara inconstitucional la prohibición del trabajo de la mujer en la mina. En la doctrina, véase JR. MERCADER UGUINA, “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, *REDT* nº 137/2008, pág. 27.

³¹ Sobre esa evolución puede verse, entre otros, a JF. LOUSADA AROCHENA, “La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”, *Actualidad Laboral* nº 38, 1998, pág. 705; DM. CAIRÓS BARRETO “La seguridad y salud laboral de las mujeres trabajadoras”, *Revista de Relaciones laborales, Lan Harremanak* nº 23, 2010, págs. 87; R. POQUET CATALÁ, “La prestación por riesgo durante la lactancia natural: debate judicial”, *RDS* nº 64, 2013, pág. 154.

³² De 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad.

³³ Se imposibilita para estas trabajadoras el desempeño de trabajo nocturno, las horas extraordinarias y los trabajos pesados como levantamiento o empuje de peso que supongan un esfuerzo físico excesivo, equilibrio especial o manejo de máquinas de trepidación. Se prevé en estas normas el derecho de la mujer a ser transferida, sin pérdida o reducción de salario, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.

³⁴ De 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad.

³⁵ La mencionada Recomendación aconseja el establecimiento de las medidas anteriores en casos de trabajo penoso que obligue a levantar, empujar, cargar o tirar de cargas manuales, trabajo que exponga a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para las funciones reproductivas, trabajo que exija particularmente sentido del equilibrio, trabajo que requiera esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones. Sin embargo, es importante señalar que las medidas que se establecen en esta normativa no van dirigidas específicamente a evitar los riesgos a la lactancia natural sino, más bien, a facilitar la misma (v. gr. establecimiento de interrupciones diarias para la lactancia adaptada a necesidades particulares, la posibilidad de su agrupación –al comienzo o final de la jornada para reducir el tiempo de trabajo, favorecer el establecimiento de instalaciones que permitan la lactancia en condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo o cerca del mismo, etc..).

17. En el marco de la normativa comunitaria se crea, también, un extenso acervo jurídico en materia preventiva tras la modificación del Tratado Constitutivo de la CEE por el Acta Única Europea en 1987. Ve la luz, por un lado, la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, que establece un régimen jurídico común para todos los trabajadores, de cualquier sector, en materia preventiva, además de establecer la obligación de adaptar el trabajo a la persona y, por otro lado, 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 la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia³⁶, que sitúa a las trabajadoras lactantes entre los grupos especialmente sensibles a determinados riesgos y obliga a adoptar medidas relativas a su seguridad y salud sin que ello, a su vez, desfavorezca a las mujeres en el mercado de trabajo ni atente a las expectativas de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

La Comisión europea, por otro lado, señaló en la Estrategia de Seguridad y Salud (2002-2006)³⁷ que la política comunitaria persigue no sólo la mejora continua del bienestar físico, moral y social en el trabajo sino, también, introducir la perspectiva de género en esta materia de cara a alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres en lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo, insistiendo en ello el Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020³⁸. En esta línea, tanto el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016 como el de 2018-2021 se propusieron actuar en determinados aspectos de salud laboral desde la perspectiva de género, especialmente mediante acciones de estudio, formación e información sobre salud y prevención de riesgos de las mujeres en atención a sus condiciones de trabajo para detectar, prevenir, proteger, mejorar y promocionar su salud laboral, dedicando especial atención a las mujeres en situación de embarazo, parto, postparto y lactancia, y determinando como factor clave para alcanzar sus objetivos, la realización de una adecuada evaluación de riesgos.

18. En el ámbito nacional, la tutela preventiva de la lactancia natural se regula en la LPRL, principalmente, en su art. 26, y se impulsó con la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³⁹, que la equiparó a la tutela por riesgo durante el embarazo a efectos de suspensión contractual (art. 45.1 d) TRET) y creó la prestación por dicha causa, regulada actualmente en los arts. 186 a 189 del TRLGSS. Veamos brevemente por separado dicha regulación

1. La tutela preventiva de las trabajadoras lactantes en la LPRL: la evaluación de riesgos «específica»

19. Las obligaciones preventivas de las empresas españolas en caso de lactancia natural se sustancian en el art. 26 de la LPRL, el cual también otorga a la evaluación de riesgos un papel fundamental en orden a conocer tales riesgos y su incidencia en la salud de la trabajadora lactante y su hijo a efectos de proporcionar la protección necesaria a los mismos. El empleador tiene la obligación de evaluar, directamente o mediante los servicios de prevención, la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en período de lactancia a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, encontrándose una lista no exhaustiva de riesgos potenciales en los anexos de la Directiva 92/85/CEE⁴⁰. Es por ello que a la obligación empresarial de evaluar inicialmente los riesgos confor-

³⁶ Esta Directiva es la décima Directiva específica que se elaboró en virtud de los arts. 15 y 16 de la Directiva Marco 89/391/CEE.

³⁷ Comunicación de 11 de marzo de 2002.

³⁸ En España puede verse el Plan de Acción 2017-2018 de la Estrategia Española de Seguridad y Salud 2015-2010.

³⁹ El reconocimiento del derecho a la suspensión contractual por riesgo durante la lactancia natural fue tardío en el ordenamiento interno español pues la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras sólo incorporó al ordenamiento la suspensión por riesgo durante el embarazo, sin transponer completamente la Directiva 92/85/CEE (art. 11.1).

⁴⁰ Esta Directiva incorpora dos Anexos (Anexo VII A y B) que recogen una listado no exhaustivo de condiciones de trabajo que podrían, en potencia, dañar a las trabajadoras según factores químicos, físico o biológicos. En el ordenamiento español se incorporaron a través del RD 289/2009, de 6 de marzo, de modificación del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

me al art. 16 LPRL⁴¹ se le impone, adicionalmente, una evaluación de riesgos adicional o específica de carácter individual en caso de lactancia natural que se sirve para ello de los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención aprobado por el RD 39/1997, de 17 de enero⁴², y de las Guías u Orientaciones de distintas asociaciones que detallan los posibles riesgos en caso de lactancia natural⁴³.

20. La evaluación específica del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora en situación de lactancia natural debe delimitar la naturaleza, grado y duración de la exposición al riesgo, motivo por el que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo exige conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo⁴⁴. No resulta suficiente, por tanto, una evaluación de riesgos meramente funcional o por puestos de trabajo sino que la evaluación debe ser específica y concreta para cada mujer según el momento del ciclo biológico en que se encuentre. Así, la evaluación de riesgos del puesto de trabajo que desempeña una trabajadora en situación de lactancia natural debe incluir, por un lado, un examen de riesgos con carácter general y, por otro lado, un análisis de los riesgos específicos que tengan en cuenta la situación individual de la trabajadora. En la evaluación deben incluirse, además, los peligros potenciales de los puestos de trabajo para este colectivo de riesgo con independencia de que estén siendo ocupados o no en ese momento por trabajadoras lactantes⁴⁵.

En definitiva, conforme a la normativa y doctrina jurisprudencial española anterior a los pronunciamientos del TJUE, resulta obligatorio identificar el riesgo al que se encuentra expuesta la trabajadora lactante y que éste sea específico, es decir, relevante para la seguridad y salud de la trabajadora y su hijo, debiendo reunir los requisitos establecidos por la jurisprudencia respecto a la determinación de su naturaleza, características, duración de la exposición al riesgo, etc. En tal sentido, el empresario, directamente o a través de los servicios de prevención, debe realizar una correcta evaluación de los riesgos que presenta el concreto puesto de la trabajadora en situación de lactancia natural.

Dicha evaluación, conforme a las Directrices establecidas en la Comunicación de la Comisión de 5 de octubre de 2000⁴⁶ constituye un “examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional” y abarca, al menos, tres momentos distintos⁴⁷: primero, la identificación del riesgo o peligro

⁴¹ Dicho precepto establece en su apartado 1. a) “El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido”.

⁴² Este RD fue modificado por el RD 289/2009, de 22 de marzo. La evaluación de riesgos debe orientarse a la situación de lactancia materna de la trabajadora y ajustarse a las Directrices recogidas en la Comunicación de la Comisión de 5 de octubre de 2000, adaptadas conforme al art.3 apartado 2 de la Directiva 92/85/CEE. La jurisprudencia comunitaria señala que la evaluación de riesgos constituye un examen sistemático y periódico de todos los aspectos de la actividad profesional que abarca la identificación de los peligros, la identificación de las categorías de trabajadoras expuestas a los riesgos y la evaluación cualitativa y cuantitativa de los mismos. Considera a ésta “la fase más delicada del proceso ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente [...] a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores”. Véase la STJUE de 19 de octubre de 2017, C-535/2015.

⁴³ Véase, por ejemplo, NTP 542: tóxicos para la reproducción femenina.

⁴⁴ STS de 21 de septiembre de 2011, rec. n.º 2342/2010.

⁴⁵ En el mismo sentido, R. POQUET CATALÁ, “Inexistencia de evaluación de riesgos...”, *ob. cit.*, pág. 184.

⁴⁶ Bruselas, 05.10.2000 COM (2000) 466 final.

⁴⁷ Sobre estas Directrices véase a J. FRANCO GONZÁLEZ, “Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos o biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo. Comentarios a la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n.º 67, págs. 287 y ss.

(agentes físicos, químicos y biológicos⁴⁸; procedimientos industriales⁴⁹; movimientos y posturas; fatiga mental y física⁵⁰ y otras cargas físicas y mentales; dos, la identificación de las categorías de trabajadoras expuestas a esos peligros; y tres, la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos (apartado 48). Los riesgos detectados en la evaluación, genéricos y específicos, deben incluirse en el plan de prevención de riesgos de la empresa, así como las medidas para prevenirlos, pero sólo el riesgo específico y no meramente genérico ha permitido activar, hasta ahora, las medidas previstas por el legislador español para preservar la seguridad y salud de la trabajadora lactante y su hijo.

21. Ahora bien, nuestro Tribunal Supremo, ha dado un giro a tales requerimientos pues, acogiendo la doctrina jurisprudencial europea, entiende recientemente en su sentencia de 26 de junio de 2018⁵¹ que la falta de evaluación específica no debe afectar negativamente a la trabajadora lactante. Parece abandonar el requerimiento de la evaluación específica si existe una evaluación genérica del riesgo de la que es posible deducir indicios de riesgo para la trabajadora lactante o su hijo y, además, no se contrarrestan tales indicios por la empresa, el INSS o la Mutua con la que está concertada la cobertura de los riesgos profesionales⁵². La trabajadora lactante podrá, en su caso, aportar los indicios pertinentes sobre existencia de riesgos para su seguridad y salud o la de su hijo, provocando, en su caso, la inversión de la carga de la prueba. Es más, entiende el TS que, pese a no existir una evaluación específica “la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta [...] para sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tiene sobre la lactancia materna”. Al respecto, es suficiente la lectura de la propia evaluación de riesgos genérica “para deducir la concurrencia de circunstancia que, aceptada su incidencia sobre cualquier trabajador, tienen particular repercusión en el caso de la mujer en período de lactancia y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos –así, por ejemplo, respecto del riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos-, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgos durante la lactancia natural la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario”. La evaluación específica del riesgo para la lactancia natural deja así de representar un obstáculo insalvable para la trabajadora disconforme con la misma.

22. Tras el paso previo de evaluación inicial y específica o complementaria, el art. 26 LPRL prevé distintas medidas de carácter sucesivo para evitar el riesgo para la lactancia natural. Estas medidas son secuenciales y abarcan la adaptación de las condiciones laborales o el tiempo de trabajo, la movilidad funcional –ordinaria o extraordinaria⁵³- e, incluso, la suspensión del contrato de trabajo que permitirá, en su caso, el acceso a la prestación de seguridad social por la contingencia de riesgo durante

⁴⁸ Por ejemplo, peligros derivados de campos y ondas electromagnéticos; exposición al ruido; exposición a las vibraciones mecánicas; riesgo de atmósferas explosivas; exposición a los agentes químicos; peligros que resultan de las radiaciones ionizantes; exposición a agentes carcinogénicos y mutágenos; exposición a agentes biológicos y exposición al amianto, principalmente. Por lo que se refiere específicamente a los agentes químicos, la Directiva 67/548/CEE del Consejo, modificada en último término por la Directiva 2000/33/CE de la Comisión, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas prevé las siguientes frases de riesgo para las sustancias y los preparados: – posibilidad de efectos irreversibles (R40) – puede causar cáncer (R45) – puede causar alteraciones genéticas hereditarias (R46) – puede causar cáncer por inhalación (R49) – puede causar daños al feto (R61) – posible riesgo de daño para el feto (R63) – puede causar daño a los lactantes (R64) En el marco de la evaluación de las sustancias existentes y de los trabajos del SCOEL (*Scientific Committee for Occupational Exposure Limits*), la Comisión también ha elaborado una serie de documentos que abordan en parte este tema.

⁴⁹ Por ejemplo, el análisis, evaluación y control de riesgos específicos como: máquinas, equipos, instalaciones y herramientas; lugares y espacios de trabajo; manipulación, almacenamiento y transporte, etc

⁵⁰ Incluye la evaluación a las disciplinas de la ergonomía y la psicología aplicada. Un ejemplo podría ser el Método ERGOMATER/IBV, el cual pretende dar una respuesta clara y práctica a la singularidad legislada en cuanto a los requisitos ergonómicos para la protección de la maternidad en tareas con carga física, diseñado por el Instituto de Biomecánica de Valencia, en colaboración con Muvale, Unión de Mutuas y la Asociación Salud Vita.

⁵¹ Rec. nº 1398/2016.

⁵² En el mismo sentido, F. NAVARRO NIETO, “Riesgos laborales por lactancia natural y discriminación por razón de sexo: novedades en la jurisprudencia”, *La Ley Digital* 12643/2018, pág. 9.

⁵³ STS de 22 de noviembre de 2011, -rec. nº 306/2011- y STS de 21 de marzo de 2013, – rec. nº 1563/2012. Sobre esta materia véase M. SÁNCHEZ LINDE, “Adaptación del puesto de trabajo y traslado en la situación de riesgo durante la lactancia”, *Diario La Ley* nº 8918, pág. 4.

la lactancia natural. El hecho determinante de la prestación es, por tanto, la concurrencia de un riesgo no evitable para la lactancia natural –determinado hasta ahora tras la identificación del riesgo específico en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora lactante- y la imposibilidad de exigir al empresario, de manera objetiva o técnicamente posible, la adopción de medidas preventivas del riesgo.

23. En todo caso, el acceso a la prestación pública es el último recurso al que acudir para evitar el riesgo a la salud de la trabajadora lactante y su hijo y no depende de una opción empresarial adoptada a su libre albedrío pues, en tal caso, nunca se articularían medidas que implican una carga empresarial sino que se acudiría, directamente, a la suspensión contractual sin coste o carga para el empresario.

2. La dispensa de trabajo y la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

24. Los arts. 188 y 189 de la LGSS se encargan de la regulación de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, remitiendo al art. 26.4 de la LPRL la fijación de los requisitos previos que debe realizar el empleador para preservar la seguridad y la salud de la trabajadora lactante antes de lucrar la prestación económica por dicha causa. Se dispone que esta prestación es la situación en la que se encuentra una trabajadora durante la suspensión de su contrato de trabajo por la existencia de algún riesgo para ella o para su hijo lactante menor de nueve meses en los casos en que debiendo cambiar de puesto de trabajo por afectar negativamente a su salud o en la del hijo a otro compatible con su estado -sin merma de su retribución-, dicho cambio no resulte posible técnicamente o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 188 LGSS)⁵⁴. No se incluyen en la situación protegida los riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la de su hijo cuando no está relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto de trabajo desempeñado.

25. De la normativa y la doctrina judicial se desprende que los requisitos previstos para lucrar la prestación se exigen de manera sucesiva, siendo la prestación económica el último recurso para preservar la seguridad y salud de la trabajadora y/o su hijo. La dispensa de trabajo que se produce en caso de lucrar la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural tiene, por tanto, carácter subsi-

⁵⁴ El disfrute de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se predica únicamente de las mujeres trabajadoras en período de lactancia natural. Éstas pueden ser trabajadoras por cuenta ajena, por cuenta propia, o funcionarias incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público. Para las funcionarias incluidas en la Mutuality de Funcionarios Civiles del Estado véase el art. 22 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de los funcionarios públicos. Esta disposición señala que “1. Las situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses tendrán la misma consideración que la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional, por lo que no requerirán de periodo de carencia y sus contenidos asistenciales serán los previstos para esta situación. 2. La concesión de las licencias por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y sus posibles prórrogas corresponderá a los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal. 3. Reglamentariamente se establecerá la forma y contenidos de la evaluación médica del riesgo para la salud de la madre, hija o hijo, y de la acreditación de que este riesgo deriva de las funciones habituales del puesto de trabajo, así como que el riesgo no es evitable mediante la modificación temporal de funciones o puesto o el traslado provisional de la funcionaria a otro puesto de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. 4. En las situaciones a que se refiere este artículo, los derechos económicos en toda la duración de la licencia serán los establecidos en el artículo 21 precedente con la particularidad de que la prestación económica equivalente al subsidio por incapacidad temporal consistirá en un subsidio a cargo de la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado en cuantía igual al 100 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia. Véase, también, la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio por el que se regula el procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado. La extensión de la protección a las funcionarias incluidas en los regimenes mutualistas se produjo por la modificación de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobada mediante el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Respecto de las funcionarias incluidas en la Mutuality Judicial (MUGEJU) véase el RDL 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia; para las lactantes incluidas en el ISFAS, véase el RD 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General del personal al servicio de las Fuerzas Armadas (BOE 4 de agosto).

diario. Así, los pasos previos para proteger la seguridad y salud de la trabajadora lactante y/o de su hijo son los siguientes: primero, la identificación de los riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural; segundo, la imposibilidad de adaptar las condiciones de trabajo del puesto específico; tercero, la imposibilidad de cambio de la trabajadora lactante a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables o controlados y, por último, la prestación económica por riesgo durante la lactancia que provoca la suspensión contractual con la correspondiente dispensa de trabajo. En concreto, para acceder a la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se deben cumplir de manera sucesiva los siguientes requisitos: 1) constatar la existencia de un riesgo que pueda influir negativamente en la salud de la lactante o su hijo *ex art. 26.4 LPRL*; 2) adaptar las condiciones de trabajo cuando no sea posible eliminar el riesgo *ex art. 26.2 LPRL* y 3) trasladar a la trabajadora a un puesto o función diferente y compatible con su estado aplicando los principios propios de la movilidad funcional *ex art. 26.23º LPRL* o, incluso, a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría *ex art. 26.2.3º LPRL*⁵⁵.

26. Pero la prestación por riesgo durante la lactancia disfruta de una regulación estricta no sólo por el carácter subsidiario de la misma respecto de otras medidas protectoras establecidas en la LPRL sino, como ya se ha indicado, por las dificultades que plantea la acreditación del riesgo específico para la lactancia natural cuando se ha hecho la correspondiente evaluación de riesgos. Hasta el momento, el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia se ha condicionado en nuestro ordenamiento al cumplimiento de un cauce procedimental complejo que requiere algo más que la mera alegación del padecimiento de riesgos genéricos asociados a un concreto puesto de trabajo. Dejar a la trabajadora el peso de acreditar la existencia de riesgo para su salud o la de su hijo en tales casos implicaba una situación injusta y compleja para la misma al recaer sobre ella no sólo el peso de la prueba sino también el rechazo que sufre por su particular situación relacionada con la maternidad. Es por ello que, aunque tardía, resulta bienvenida la nueva doctrina del TJUE en materia probatoria, ya acogida por el TS en su sentencia de 26 de junio de 2018 al señalar que “en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el período de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general puedan tener una incidencia específica durante el período de lactancia”. Esta posibilidad provocará, sin duda, un más fácil acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia natural cuando se hayan agotado las medidas previas establecidas en la LPRL para evitar el riesgo.

3. La certificación médica del riesgo

27. La situación de riesgo durante la lactancia natural se produce en el caso de trabajadoras lactantes que ocupan un puesto de trabajo que, conforme a la evaluación de riesgos efectuada por su empresa, presenta un riesgo para el recién nacido o para la lactante -de carácter físico o psicosocial-, y así se certifica por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o por las Mutuas -a través de un Informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asiste a la trabajadora lactante-. La certificación del riesgo específico para la lactancia, la imposibilidad de modificar las condiciones de trabajo del puesto desempeñado y la ausencia de puesto compatible con su estado provoca la dispensa del trabajo, colocando a la trabajadora en situación de suspensión contractual *ex art. 45 ET*, que le permitirá lucrar, posteriormente, el subsidio por riesgo durante la lactancia natural.

28. El cumplimiento del requisito formal de la acreditación del riesgo resulta fundamental para articular las diferentes medidas previstas en caso de riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora lactante y/o su hijo. En tal sentido, la certificación médica de la lactancia natural es un requisito *sine qua non* para adoptar cualquiera de las medidas previstas en la norma, motivo por el que ésta requiere el certificado médico realizado por los servicios médicos del INSS o de la Mutua con la que la empresa

⁵⁵ SSTs de 18 de marzo de 2011 –rec. nº 1863/10-, de 23 de enero de 2012 –rec. nº 1706/11-, entre otras.

tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, así como el informe médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora lactante y a su hijo. La certificación del riesgo conforme a los resultados de la evaluación y el preceptivo certificado de los servicios médicos funcionan como presupuesto habilitante de las medidas protectoras para la seguridad y salud de la trabajadora lactante. La ausencia de tales certificaciones e informes acreditando el riesgo para la salud y seguridad de la trabajadora lactante impiden el acceso de la mujer a las medidas preventivas que prevé la ley y, por tanto, a la posibilidad de obtener una dispensa de trabajo y el acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Es, precisamente, este requisito formal el que, tras la STJUE de 19 de octubre, C-531/15, se interpreta de manera amplia y flexible al permitir cuestionar, de manera sobrevenida, la evaluación de riesgos efectuada por el empleador respecto del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora lactante y provocar, en consecuencia, un importante cambio en orden a obtener la dispensa del trabajo y a percibir la correspondiente prestación de seguridad social

Así, conforme a la doctrina jurisprudencial comunitaria ya no es suficiente la mera declaración de «apta» para el puesto de trabajo o la declaración empresarial de que el puesto está “exento de riesgo” para dar veracidad absoluta a dichos documentos, pues la nueva distribución de la carga de la prueba vincula directamente la protección frente al riesgo en el puesto de la trabajadora lactante con la discriminación por razón de sexo, circunstancia que obligará al empleador a demostrar fehacientemente la inexistencia de riesgos para la lactancia natural o, en su caso, que la evaluación de riesgos se realizó adecuadamente y sin basarse en “meros documentos genéricos sobre riesgos”. La interpretación rigurosa que hasta ahora se había realizado del valor de los informes presentados por la empresa y el Servicio Nacional de Salud deja paso a una valoración más flexible en la apreciación del riesgo y, por tanto, a la admisión de nuevos elementos de prueba que aporten indicios de la vulneración del principio de igualdad por causa de la falta de la protección por riesgo durante la lactancia natural.

29. Se producen así dos novedades importantes en el ámbito procesal: primero, el tránsito de una presunción *iuris et de iure* a una presunción *iuris tantum* de veracidad en relación con los certificados aportados por el empresario y el Servicio Nacional de Salud y, segundo, la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que la trabajadora lactante aporte indicios suficientes que planteen dudas sobre la correcta evaluación de riesgos de su puesto de trabajo y, con ello, de la vulneración del principio de igualdad de sexo. Los nuevos elementos de prueba deberán ser, obviamente, imparciales y específicos respecto a los riesgos de la trabajadora lactante. Se abre la puerta, incluso, a que la trabajadora lactante, pese a la existencia de condiciones laborales óptimas, pueda acreditar formalmente la existencia de riesgos psicosociales derivados de la organización del trabajo (v. gr. stress, agobios, aislamiento, carga mental o agotamiento emocional...), dando a éstos un nuevo impulso como factores psicosociales en la salud laboral.

5. Nuevo reto: los «riesgos psicosociales» de la trabajadora lactante y su problemática identificación

30. La reciente doctrina judicial europea y nacional abre la puerta a tomar en consideración a los denominados «riesgos psicosociales» asociados a la lactancia natural que, por su propia imprecisión, hacen difícil su concreción, evaluación y eliminación pero que se asientan con especial fuerza para las trabajadoras en situación de lactancia natural, sobre todo, en ciertos sectores de actividad como el sanitario o el aeronáutico.

31. Ya la OIT demostró en la década de los años ochenta su preocupación por los riesgos psicosociales⁵⁶, advirtiendo más recientemente, que uno de los factores de riesgo psicosocial más importante es la inseguridad contractual e, incluso, las formas atípicas de trabajo⁵⁷ que generan situaciones de angustia y estrés en los trabajadores. No obstante, pese al interés de la OIT y otros organismos

⁵⁶ La primera publicación oficial sobre estos riesgos fue realizada por la OIT en 1984: “Los Factores Psicosociales en el Trabajo: Reconocimiento y Control”; De la Comisión Europea puede verse el documento ¿La sal de la vida o el peso de la muerte) en 1999 y el Acuerdo Marco sobre estrés.

⁵⁷ OIT, *Non-standad form o employment*, Ginebra 2015, págs. 28-29.

internacionales en los riesgos psicosociales, han faltado actuaciones específicas capaces de garantizar su efectiva prevención⁵⁸.

32. Por su parte, la Exposición de Motivos de la LPRL señala que el objetivo de la misma va dirigido a abordar, de manera global y coherente, el conjunto de problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo. El riesgo laboral se define en el art. 4 de la ley como la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, a la vez que el apartado 7 de dicho artículo considera como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgo para la seguridad y salud del trabajador. Ello incluye, a juicio de la doctrina especializada en esta materia, a los riesgos psicosociales (clásicos, como el estrés, o emergentes, como la carga mental o inseguridad laboral), entendidos como “las alteraciones que puedan afectar la salud psicológica de las personas que responden a las condiciones presentes en una situación laboral, directamente relacionadas con la organización del trabajo, con el contenido de la tarea e incluso con el entorno, que tiene capacidad de afectar al desarrollo del trabajo”⁵⁹.

33. La ausencia de regulación normativa europea y nacional sobre estos riesgos y la falta de actuaciones concretas en orden a su identificación, evaluación y protección no impiden ver, en la práctica, el alto grado de incidencia de los mismos en la salud laboral de la trabajadora lactante, los cuales se elevan exponencialmente cuando conectan, entre otros factores, con las tecnologías de la información y comunicación, con trabajos flexibles, con trabajos temporales, con cambios en la organización productiva o, incluso, con situaciones de crisis económicas .

34. Desde el ámbito de la medicina ya se había advertido que “cuando los factores organizacionales y psicosociales de las empresas son disfuncionales provocan respuestas de inadaptación, de tensión, respuestas psicofisiológicas de estrés que pasan a ser factores psicosociales de riesgo o de estrés”⁶⁰. Los factores psicosociales con probabilidad de afectar negativamente a la salud y el bienestar del trabajador son factores de riesgo por actuar como factores desencadenantes de tensión y de estrés laboral, lo que implica que todos los riesgos deben identificarse, eliminarse o evitarse a través de una correcta evaluación de los mismos⁶¹.

35. En todo caso, los factores psicosociales pueden alcanzar la consideración de factores de riesgo cuando causan un daño para la salud o la integridad física, psíquica o moral de las trabajadoras lactantes, pudiendo deberse ello a la percepción de la trabajadora lactante de su propia situación, de su capacidad y de sus necesidades. La generación del daño a la salud se conecta así con las tareas que integran su actividad laboral, el tiempo de trabajo, el ritmo de trabajo, la carga mental, etc., siendo el estrés laboral un problema que, por las dificultades que plantea para el mantenimiento de la lactancia natural, afecta sobremanera a estas trabajadoras en ese particular momento de su ciclo biológico.

36. Todos estos riesgos adquirirán, previsiblemente, un mayor protagonismo en los mecanismos de tutela preventiva de la trabajadora lactante y su hijo, debiendo establecerse, por un lado, la valoración específica de tales riesgos y, por otro lado, la implementación de sistemas probatorios flexibles que obliguen al empleador a demostrar la ausencia de tales riesgos para estas trabajadoras en situación

⁵⁸ Al respecto, M^a T. IGARTUA MIRÓ, “Los riesgos psicosociales...”, *ob. cit.*, pág. 46.

⁵⁹ M^a T. IGARTUA MIRÓ, “Los riesgos psicosociales: evaluación y prevención...”, *ob. cit.*, pág. 48.

⁶⁰ CA.GINER ALEGRÍA, “Evaluación de riesgos psicosociales en el trabajo”, *Anales de Derecho* nº 30, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2012, pág. 255; F. MANSILLA IZQUIERDO, “El riesgo psicosocial en el trabajo: una realidad emergente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº 89, 2004, pág. 3; M^a E. LONDOÑO LONDOÑO, “Influencia de los factores psicosociales en la salud percibida, el *burnout* y compromiso del personal”, *ORP Journal*, nº 4, 2015, pág. 1 y ss.

⁶¹ Entre los distintos métodos para evaluar el riesgo psicosocial se encuentran los siguientes: a) Método de evaluación de riesgos psicosociales PSICO; b) Método ISTA21; c) Cuestionario del método de evaluación de factores psicosociales (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo); d) Cuestionario de factores psicosociales (Instituto Navarro de Salud Laboral y e) Cuestionario multidimensional DECORE. Sobre ellos, véase a C.A. GINER ALEGRÍA, “Evaluación de riesgos psicosociales en el trabajo”, *ob. cit.*, págs. 260-266.

vulnerable. No se trata, en tal caso, de establecer la denominada «prueba diabólica» al empleador sino de acreditar por parte de éste que su comportamiento o las decisiones adoptadas tras la evaluación de riesgos específicos obedece a motivos objetivos, razonables y ajenos a cualquier móvil discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. No obstante, cuando no sea posible demostrar la ausencia de riesgo y/o de móvil discriminatorio, se deberá facilitar a la trabajadora lactante el acceso a las medidas protectoras de su seguridad y salud, incluyendo la dispensa de trabajo mediante la suspensión contractual y el acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

37. En esta línea, algunos pronunciamientos judiciales han planteado un nuevo horizonte respecto de los denominados «riesgos psicosociales en el trabajo» que, como indica la doctrina especializada, no son factores secundarios o complementarios para la seguridad y salud sino sustantivos y de creciente importancia en la estructura actual del trabajo y sus características organizacionales⁶². Estos riesgos tienen una evidente repercusión en la salud de los trabajadores en general y se asocian a factores como la globalización, el aumento del sector servicios, la generalización del uso de la tecnología tanto para producir como para vigilar y controlar al trabajador, y a los cambios organizacionales que afectan, entre otras condiciones laborales, al trabajo nocturno, al tiempo de trabajo o al trabajo a turnos⁶³. Pero tales condiciones laborales pueden generar mayor situación de vulnerabilidad o elemento de resiliencia para las trabajadoras lactantes (ej. estrés laboral), cuya particular situación puede generar una mayor exposición a tales riesgos, obligando al empresario a afrontar la eliminación del riesgo conforme a la LPRL (arts. 4 y 15).

38. La evaluación empresarial de los riesgos psicosociales mencionados, que presentan la complejidad de venir determinados por factores personales y contextuales de la trabajadora que dificultan la identificación del riesgo específico, podría ser inadecuada o incompleta y permitir a la lactante aportar indicios de la existencia del riesgo para su salud o la de su hijo mediante instrumentos de prueba adecuados –v. gr. nuevo informe o certificación médica distinta de la realizada por los servicios médicos del INSS o las Mutuas-, que trasladarán al empresario la obligación de demostrar la correcta realización de la evaluación de riesgos para la lactante y su hijo y la ausencia de móvil discriminatorio. Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo ya ha admitido que “el riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante” pero “siempre y cuando la incompatibilidad de la «toma» directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche”⁶⁴. Para el TS, en estos casos, debe atenderse “a las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones)”, aunque deja abierta la posibilidad de acreditar “que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante”⁶⁵. Con la nueva doctrina, se puede flexibilizar esta posición pues la dificultad que representa la extracción de la leche materna y sus posibles consecuencias negativas para la salud de la lactante (ej. mastitis, estrés, dolor, pérdida de la calidad y cantidad de la leche...) pueden abocar al reconocimiento del riesgo⁶⁶.

39. Se reabre con fuerza, sin duda, la controversia sobre la turnicidad y nocturnidad como riesgos “específicos” para las trabajadoras lactantes, pese a que nuestro TS entendió en varias ocasiones que ni uno ni otro son riesgos contemplados en la normativa de prevención. Así, la doctrina judicial española entendió en alguna ocasión que ni la turnicidad ni la nocturnidad, por sí mismos, constituyen

⁶² B. MORENO JIMÉNEZ, “Olvido y recuperación de los factores psicosociales en la salud laboral”, *Arch Prev Riesgos* 2000; 3 (1), pág. 3.

⁶³ Véanse las SSTs de 24 de abril de 2012 –RJ 2012, 5116-, de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 –RJ 2012/8964 y 2013/355 respectivamente- y de 21 de marzo de 2013 –RJ 2013/3825-.

⁶⁴ STS de 21 de marzo de 2013, RJ 2013/3825.

⁶⁵ STS de 21 de marzo de 2013, RJ 2013/3825.

⁶⁶ La STS de 26 de junio de 2018 –rec. n.º 1398/2016-, señala que “no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustiva sino que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral”.

un elemento de riesgo añadido pero, recientemente, el TS puntualiza que la valoración como riesgos de tales condiciones laborales no se excluyen por el mero hecho de no encontrarse en el Anexo VIII del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales, ya que éstos son meramente orientativos y no pueden alzarse como el criterio decisivo para valorar la existencia de riesgos⁶⁷. En esta línea, la STJUE de 19 de septiembre de 2018, *C-41/17*, considera que cuando la trabajadora lactante desarrolla una parte de las funciones laborales en horario nocturno debe calificarse como “trabajador nocturno” en el sentido de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y, por tanto, resulta de aplicación el art. 7 de la Directiva 92/85⁶⁸, sin que la trabajadora lactante que se encuentra en tal situación pueda estar en una situación más desfavorable que la que se encuentra en el art. 4 de la misma. La jurisprudencia europea entiende que, en tal supuesto, debe aplicarse también la protección del art. 19 de la Directiva 2006/54 e invertir, en consecuencia, la carga de la prueba.

El objetivo de las normas internacionales y nacionales desacreditan, por tanto, la rigurosa posición de los Tribunales de Justicia españoles a este respecto pues no cabe duda que el estrés aparejado a la lactancia materna se incrementa notablemente en los supuestos de turnicidad y nocturnidad debiendo ser el informe médico el que, en su caso, acredite dicho extremo⁶⁹.

⁶⁷ STS de 3 de abril de 2018 – rec. nº 762/2017-.

⁶⁸ “Artículo 7 Trabajo nocturno 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad y salud de la trabajadora afectada. 2. Con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, las medidas contempladas en el apartado 1 deberán incluir la posibilidad: a) del traslado a un trabajo diurno, o b) de una dispensa de trabajo, o de una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados.

⁶⁹ Véase al respecto, la Recomendación 95 y Convenio nº 103 de la OIT.

PLURALIDAD DE LUGARES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE DE PERSONAS Y MERCANCÍAS

PLURALITY OF PLACES OF PROVISION OF SERVICES IN THE CONTRACTS FOR THE CARRIAGE OF PERSONS AND GOODS

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ*

*Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 22.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4629>

Resumen: El presente estudio tiene como objeto el análisis de los problemas de interpretación y aplicación asociados a la regla especial de competencia en materia contractual prevista en la letra b) del artículo 7 (1) del Reglamento 1215/2012, tomando como base las principales novedades aportadas por las Sentencias del TJUE *Flightright GmbH* y *Zurich Insurance Plc* en el ámbito de los contratos de transporte de personas y mercaderías. En estas decisiones, el TJUE ofrece una interpretación amplia en relación con la definición de la noción de materia contractual, a los efectos de incluir en ella las acciones de reclamación ejercitadas por pasajeros afectados contra un transportista aéreo no contractual por la pérdida de un segundo vuelo de conexión con motivo del retraso del primer vuelo operado por la compañía demandada. Igualmente, el TJUE procede a efectuar una interpretación amplia de la letra b) del referido precepto a los efectos de identificar, según la naturaleza del contrato, las dos prestaciones principales vinculadas con los elementos esenciales de ambas clases de contratos.

Palabras clave: transporte aéreo de pasajeros, transporte multimodal de mercancías, Reglamento de Bruselas I bis, materia contractual, prestación característica, lugar de cumplimiento.

Abstract: The aim of this research is the analysis of the problems of interpretation and application linked to the special jurisdictional rule in matters relating to a contract foreseen in article 7 (1) b) of Regulation 1215/2012, on the basis of the main changes provided by Judgments of the Court of Justice *Flightright GmbH* and *Zurich Insurance Plc* in the framework of contracts for the carriage of persons and goods. On these judgments, the CJEU provides a wide interpretation regarding the definition of the notion of contractual matter, in order to include in this definition the claims for compensation brought by passengers affected against a non-contractual air carrier by the loss of a second connection flight due to the delay of the first flight operated by the sued company. Likewise, the CJEU makes a wide interpretation of the letter b) of the mentioned article for identifying, according to the nature of the contract, the two main obligations linked to the essential elements of both types of contracts.

Keywords: air transport of passengers, multimodal carriage of goods, Brussels I Regulation, matters relating to a contract, *characteristic obligation* and place of performance.

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia DER2017-88501-P, titulado "La mediación de consumo: hacia una construcción legislativa estatal y autonómica con arquitectura europea", del que es investigador principal el DR. FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA.

Sumario: I. Introducción. 1. Objeto y finalidad del trabajo. 2. Hechos de las STJUE *Flightright GmbH* y *Zurich Insurance Plc*. 3. Cuestiones jurídicas planteadas. II. Lugar de cumplimiento de la prestación en un Estado Miembro y demandado domiciliado fuera de la UE. III. Responsabilidad contractual de la compañía operadora no contractual. IV. Las reglas especiales de competencia de la letra b) del artículo 7 (1). 1. Las relaciones con la regla general de la letra a). 2. Origen y finalidad de las reglas especiales: el papel de la obligación característica. V. La calificación de los contratos de transporte como contratos de prestación de servicios. VI. Problemas que comporta la aplicación de la letra b) del artículo 7 (1). 1. Pluralidad de prestaciones principales y lugares de cumplimiento. 2. El lugar de cumplimiento de la prestación principal “según el contrato”. VII. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El objeto del presente trabajo es el análisis de los problemas interpretativos asociados a la aplicación de la regla especial de competencia prevista en la letra b) de los controvertidos artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) R 1215/2012 para la determinación del lugar de cumplimiento en los contratos de prestación de servicios, tomando en consideración las novedades aportadas, en el ámbito de los contratos de transporte de personas y mercancías, por la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, as. ac. C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*¹, y la Sentencia del TJUE, de 11 de julio de 2018, as. C-88/17, *Zurich Insurance Plc*². La primera tiene por objeto la interpretación de los citados preceptos en relación con tres demandas de compensación interpuestas, en virtud del R 261/2004³, contra determinadas compañías aéreas por retrasos y denegación de embarque en diferentes etapas de viajes de varios tramos. La segunda versa sobre la aplicación del citado foro de competencia judicial en relación con una demanda de daños y perjuicios contractuales en el contexto de un contrato de transporte multimodal de mercancías.

1. Objeto y finalidad del trabajo

2. El análisis de las novedades aportadas por las citadas requiere, al alimón, el estudio del sistema de las reglas especiales de competencia previstas en la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012. Como se sabe, con la introducción de la letra b) en el artículo 5 (1) R 44/2001, el legislador europeo quiso determinar, en relación con los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios, una competencia judicial única para todas las acciones relativas al contrato en cuestión y un único lugar de cumplimiento para la totalidad del contrato, todo ello con el objeto de evitar las críticas que se habían dirigido al sistema primigenio del Convenio de Bruselas de 1968, cuyo artículo 5 (1) atribuía la competencia, exclusivamente, al Tribunal de del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. En particular, el sistema de la letra b) del R 44/2001 se incorpora con el objetivo de resolver las disfuncionalidades intrínsecas al primigenio artículo 5 (1) del texto convencional⁴, especialmente, los problemas asociados a la identificación de la obligación litigiosa en supuestos en que la demanda, o bien se basaba en más de una obligación relevante, o bien en una solicitud de declaración de nulidad del contrato, o por referirse a una obligación imposible de precisar geográficamente, como las obligaciones de hacer⁵. Para lograr ese objetivo, el nuevo sistema de la letra b) del artículo 5 (1) R 44/2001 recurre a la prestación característica, ejerciendo un doble papel transcendente, como técnica para caracterizar un contrato dentro de las dos modalidades contractuales antes citadas, y como técnica para identificar el lugar de cumplimiento en el que, “según el contrato”, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

¹ Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2018:160.

² Sentencia del TJUE, de 11 de julio de 2018, as. C-88/17, *Zurich Insurance Plc*, ECLI:EU:C:2018:558.

³ R 261/2004, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91.

⁴ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual del Reglamento Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros”, *La Ley Unión Europea*, núm. 7294, 2009, p. 1.

⁵ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 9ª, Thomson Civitas, 2016, pp. 579-580.

Sin embargo, lejos de resolver, los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) R 1215/2012 han contribuido a crear más incertidumbres⁶, y ello no sólo en virtud de la farragosa redacción de su contenido, sino, como ha señalado la doctrina, por la extralimitación del TJUE en sus labores interpretativas⁷, forzando, en no pocas ocasiones, el tenor literal de la letra b) de las citadas disposiciones a los efectos de la determinación del lugar de cumplimiento de la prestación característica. En esa deriva de ofrecer una interpretación amplia de la norma se incardinan las sentencias de nuestro comentario, en relación con los problemas propios inherentes a ciertos contratos, como los de transporte de personas y mercancías, que, por su propia naturaleza, se caracterizan por tener más de una prestación principal, y que no son susceptibles de cumplirse en cualquier lugar. Y por si ello fuera poco, de la lectura de la jurisprudencia del TJUE sobre estos extremos no cabe sino considerar que su solución interpretativa oculta un dato, cuanto menos sorprendente, que ha pasado desapercibido, habida cuenta de que ha desembocado en una suerte de aplicación del concepto de “sumisión voluntaria” elaborado por F.K. von SAVIGNY en la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación contractual litigiosa⁸.

2. Hechos de las STJUE *Flightright GmbH* y *Zurich Insurance Plc*

3. En los asuntos acumulados C-274/16 y C-448/16 de la Sentencia *Flightright GmbH*, los pasajeros demandantes (alemanes) adquirieron un viaje compuesto de dos tramos (Ibiza-Palma de Mallorca-Düsseldorf; Melilla-Madrid-Fráncfort) a las compañías aéreas Air Berlin e Iberia. Ambos casos tienen en común que la compañía contractual sólo operaba el segundo tramo del viaje, mientras que el primer tramo del viaje corrió a cargo de Air Nostrum, con retrasos que ocasionaron que los pasajeros perdieran su vuelo de conexión.

Ahondando un poco más, en el asunto C-274/16 los pasajeros cedieron los derechos que les asistían, en virtud del Reglamento 261/2004, a la compañía *Flightright GmbH*, quien interpuso una demanda ante el *Amtsgericht Düsseldorf* solicitando a Air Nostrum la correspondiente compensación e intereses. El tribunal de primera instancia indicó que la tramitación de ese recurso dependía de si, por lo que respecta al vuelo de conexión controvertido, cabía considerar a Düsseldorf el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, en el sentido del artículo 7 (1) R 1215/2012. En tales circunstancias, el *Amtsgericht Düsseldorf* decidió suspender el procedimiento y elevar al TJUE la cuestión prejudicial.

En el asunto C-448/16, el *Amtsgericht Frankfurt am Main* admitió la demanda y condenó a Air Nostrum a satisfacer la compensación reclamada por los pasajeros en virtud del Reglamento 261/2004. Sin embargo, fue desestimada en apelación. El *Landgericht Frankfurt am Main* consideró que los Tribunales alemanes carecían de competencia internacional dado que el objeto del litigio versaba sobre el retraso del vuelo de Melilla a Madrid, por lo que, en virtud del artículo 5 (1) R 44/2001, sólo cabía considerar esos dos lugares como posibles lugares de cumplimiento. Los demandantes interpusieron recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof*, quien indicó que únicamente podría atribuirse competencia internacional a los Tribunales alemanes de considerar que el lugar de prestación del servicio en cuestión se halla en Alemania. Esta determinación dependía de que la relación jurídica entre los demandantes y Air Nostrum pudiera clasificarse como contractual. En estas circunstancias, el *Bundesgerichtshof* consideró necesario suspender el procedimiento y elevar al TJUE la cuestión prejudicial.

4. El asunto C-447/16 versa sobre un litigio entre un pasajero alemán y la compañía aérea china Hainan Airlines en relación con un contrato de transporte de dos tramos (Berlín-Bruselas-Pekín). En este caso, a diferencia de los anteriores, el primer tramo fue operado sin incidencias por quien no era la com-

⁶ Sobre las dificultades que suscitaba la interpretación y aplicación del artículo 5 (1) R 44/2001, *vid.* P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du Règlement Bruxelles I”, *Journal du Droit International*, núm. 3, 2008, pp. 675-717.

⁷ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 637; C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b) del Reglamento de Bruselas I bis: examen crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *InDret*, 2013-2, p. 20.

⁸ *Vid.*, a este respecto, el apartado segundo del epígrafe VI y la bibliografía que se cita.

pañía aérea contractual (Brussels Airlines). El problema vino con el segundo tramo realizado por Hainan Airlines, cuando, en Bruselas, al pasajero se le denegó el embarque hasta Pekín. Como consecuencia de este incidente, el pasajero interpuso demanda de indemnización, en virtud del Reglamento 261/2004, contra la compañía aérea china, si bien el órgano jurisdiccional de apelación alemán confirmó la sentencia de instancia, que había rechazado la competencia judicial por considerar que, siendo el objeto del litigio el segundo tramo, Bruselas era el lugar de cumplimiento. Además, el órgano jurisdiccional indicó que la compañía aérea contractual no tenía su domicilio social en la UE, por lo que los Tribunales alemanes no podían basar su competencia internacional en el R 44/2001. El Sr. Becker interpuso un recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, que consideró que la atribución de competencia internacional a los órganos jurisdiccionales alemanes dependía de la naturaleza de la relación jurídica entre el pasajero y Hainan Airlines, y de que Berlín, lugar de salida del primer vuelo, pudiera, en el caso de autos, considerarse asimismo el lugar de cumplimiento a tenor del R 44/2001. En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof consideró necesario suspender el procedimiento y elevar al TJUE una cuestión prejudicial.

5. Por último, la STJUE *Zurich Insurance* tiene lugar en el contexto de un litigio entre Zurich Insurance, compañía de seguros domiciliada en Irlanda, y Metso, sociedad finlandesa y ALS, sociedad británica sobre la indemnización de daños y perjuicios por la pérdida de un cargamento durante el transporte del mismo efectuado por ALS. Metso, en su condición de expedidora, y ALS, en su condición de transportista, celebraron un contrato de transporte de una trituradora desde Pori (Finlandia) hasta Sheffield (Reino Unido). La trituradora fue transportada, en primer lugar, en camión desde Pori hasta el puerto de Rauma (Finlandia), donde fue cargada en un buque y transportada por mar hasta el puerto de Hull (Reino Unido). Una vez desembarcada fue transportada por carretera pero desapareció antes de que pudiera ser entregada a su destinatario en Sheffield. Zurich abonó a Metso el valor de la trituradora, después de haber deducido la franquicia prevista en el contrato de seguro. Mediante su recurso interpuesto ante el Tribunal de primera instancia de Satakunta (Finlandia), Zurich y Metso solicitaron que se condenase a ALS a pagarles, en concepto de daños y perjuicios, el importe correspondiente al valor de la trituradora. ALS solicita la inadmisión del recurso por incompetencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso el recurso. El Tribunal de primera instancia de Satakunta se declaró competente para conocer del litigio y condenó a ALS a pagar a Zurich y a Metso el importe solicitado en su recurso. ALS interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia y el Tribunal de Apelación de Vaasa (Finlandia) se declaró incompetente, en virtud del artículo 5 (1) R 44/2001. Zurich y Metso interpusieron recurso ante el Tribunal Supremo de Finlandia, quien ante la duda de cómo se determina el lugar de prestación en caso de un contrato de transporte multimodal, decidió suspender el procedimiento y plantear la cuestión prejudicial al TJUE.

3. Cuestiones jurídicas planteadas

6. Así pues, atendiendo a los hechos de las dos Sentencias, tres cuestiones jurídicas merecen nuestra atención, las cuales serán objeto de análisis a lo largo del trabajo. La primera cuestión la pone de relieve el asunto C-447/16 de la Sentencia *Flightright GmbH*, en la que se trata de la esfera de eficacia del R 44/2001 en relación con una acción de reclamación en materia contractual contra una compañía aérea no domiciliada en la UE.

7. La segunda cuestión resulta de los asuntos C-274/16 y C-448/16 de la Sentencia *Flightright GmbH*, donde se cuestiona, a efectos de la aplicación del foro especial de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) 1215/2012, la naturaleza contractual de las acciones interpuestas por los pasajeros contra las compañías operadoras con las que no habían celebrado el contrato.

8. La tercera cuestión se refiere a los problemas de aplicación que plantea la letra b) de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) 1215/2012 en relación con la determinación de lugar de cumplimiento en contratos, como los que ocupan nuestra atención, en los que la pluralidad de lugares de prestación es inherente a su propia naturaleza. En efecto, los asuntos C-274/16 y C-448/16 de la Sentencia *Flightright GmbH* plantean la cuestión, en el contexto de un contrato de transporte aéreo de conexión, de si

puede considerarse lugar de cumplimiento de la prestación, a efectos de la letra b) de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) R 1215/2012, el lugar de llegada del segundo vuelo, cuando el transporte en los dos vuelos lo realicen dos transportistas distintos y la demanda de compensación se base en una incidencia sucedida en el primer trayecto, operado por un transportista aéreo que no es parte del contrato de transporte. Por otra parte, bastante ligado con la anterior, la STJUE *Zurich Insurance* plantea la cuestión de la determinación del lugar de cumplimiento, o en su caso, los lugares de la prestación de servicios, con arreglo a las disposiciones citadas, en caso de un contrato de transporte internacional multimodal.

II. Lugar de cumplimiento de la prestación en un Estado Miembro y demandado domiciliado fuera de la UE

9. En el asunto C-447/16 de la Sentencia *Flightright GmbH*, el tribunal remitente pregunta cómo debe interpretarse el artículo 5 (1) R 44/2001 a efectos de determinar la competencia judicial internacional en relación con una demanda de compensación basada en el R 261/2004 contra la compañía operadora contractual que no está domiciliada en la UE, cuando el lugar de origen del vuelo de conexión se encuentra en Berlín. En puridad, se trata de una cuestión de fácil respuesta, en la medida en que la citada disposición -como el 7 (1) R 1215/2012- supedita su aplicación al cumplimiento del criterio general de aplicabilidad del Reglamento: el domicilio del demandado en un Estado miembro (artículo 2). De cumplirse esta condición, el foro especial proporciona un foro alternativo al foro del domicilio del demandado. Sin embargo, ha de recordarse que la compañía área demandada tenía su domicilio en China, por lo que, tratándose de un supuesto litigioso que no se encuentra entre las excepciones del artículo 4 (1) R 44/2001 [artículo 6 (1) R 1215/2012] que se aplican con independencia del domicilio del demandado, el artículo 5 (1) R 44/2001 no resulta de aplicación⁹. En tal caso, la competencia judicial internacional se regirá por las normas del Derecho autónomo de cada Estado miembro¹⁰.

10. Por otra parte, procede señalar que, a diferencia del R 44/2001, el artículo 6 (1) R 1215/2012 posibilita que el foro de protección del artículo 18 (1) R 1215/2012 relativo a los litigios sobre contratos de consumo, extienda su aplicación contra profesionales que tienen su domicilio fuera de la UE, a condición de que el consumidor demandante tenga su domicilio en la UE. Sin embargo, el artículo 17 (3) R 1215/2012 impide aplicar esa extensión al ámbito que nos ocupa, en la medida en que excluye del régimen de protección a los contratos de transporte, salvo que se trate de contratos de transporte de pasajeros contratados en el marco de un servicio de viaje combinado en el sentido de la Directiva 2015/2302 y nada indica de que en los vuelos controvertidos en la Sentencia *Flightright GmbH* formasen parte de un viaje combinado.

III. Responsabilidad contractual de la compañía operadora no contractual

11. Como se ha indicado, mediante la primera cuestión prejudicial en el asunto C-448/16 de la STJUE *Flightright GmbH*, el tribunal remitente preguntaba si la acción de compensación ejercitada por los pasajeros aéreos por gran retraso de un vuelo de conexión, ejercida, sobre la base del Reglamento 261/2004, contra un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que no es quien contrata con el pasajero afectado, está comprendida en el concepto de “materia contractual”, en el sentido de la letra a) del artículo 5 (1) R 44/2001 o en el concepto de “materia extracontractual”, en el sentido del artículo 5 (3). Análogamente, el TJUE apunta que, aunque el tribunal remitente en el asunto C-274/16 no formula ninguna pregunta en este sentido, la respuesta a la primera cuestión prejudicial del asunto C-448/16 es también pertinente para el asunto C-274/16, puesto que la compañía aérea encargada de efectuar el vuelo tampoco es quien contrata

⁹ Vid. J.M. ESPINAR VICENTE/J.I. PAREDES PÉREZ, *Tráfico externo y litigación civil internacional*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 207.

¹⁰ Vid. Apartado 53 de la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2018:160.

con los pasajeros afectados¹¹. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que la cuestión de si estamos ante una acción en materia contractual tiene una prioridad explícita sobre la calificación extracontractual, habida cuenta de que, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, el concepto de “en materia de delitos o cuasidelitos” en el sentido de los artículos 5 (3) R 44/2001 y 7 (2) R 1215/2012 comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandando y que no esté relacionada con la materia contractual¹². De ahí que, en la delimitación de estos dos conceptos, tenga preferencia la tarea de determinar si nos encontramos ante un supuesto de obligación contractual. Solo en el caso de que no resulte posible la calificación contractual se abrirá la puerta a la consideración de la responsabilidad extracontractual¹³.

12. Hecha esta aclaración, proceder recordar que la interpretación de la noción de materia contractual no puede entenderse ni como una remisión al Derecho nacional del órgano jurisdiccional en cuestión, ni tampoco como una remisión a la calificación dada por la ley nacional aplicable a la relación jurídica litigiosa¹⁴. Se trata de un concepto que debe ser interpretado de manera autónoma, a la luz de los objetivos y del sistema del texto institucional, con el objeto de garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros. En estas circunstancias, el TJUE ha declarado que la mera circunstancia de que las partes del litigio estén vinculadas por un contrato no permite considerar que una acción de responsabilidad sea contractual en el sentido de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) R 1215/2012. Para que sea contractual es preciso que la acción tenga por objeto el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, lo que no quiere decir que exija la celebración de un contrato entre las dos partes litigantes¹⁵. Como bien señala el TJUE en la Sentencia *Flightright GmbH*¹⁶, siguiendo al Abogado General¹⁷, el foro especial en materia contractual se basa en la “causa” de la acción y no en la identidad de las partes. Por ello, lo importante es determinar si la fuente subyacente y original de los derechos y obligaciones controvertidos y el motivo por el que se ejercita la acción contra el demandado resultan de un contrato, y no de que el demandante o el demandado sean parte de él. No en vano, el TJUE ha precisado asimismo¹⁸, en reiterada jurisprudencia, que nos encontramos ante una obligación contractual en aquellos supuestos en los que, a pesar de no haber celebrado un contrato, exista un acuerdo libremente asumido por una persona respecto a otra¹⁹. Esta consideración es importante porque explica que la definición elaborada por el TJUE no está anclada en el principio estricto de relatividad de los contratos²⁰, toda vez que permite la posibilidad de reconocer la existencia de vínculo contractual entre quienes no han sido partes originarias del contrato²¹; y, por lo tanto, sin necesidad, de que tengan que coincidir las partes del litigio

¹¹ Apartado 57 de la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2018:160. A este respecto, el TJUE señala que al asunto C-274/16 se le aplica, *ratione temporis*, el R 1215/2012, cuyo artículo 7 (1) está redactado en términos idénticos a los del artículo 5 (1) R 44/2001, cuya interpretación por parte del TJUE conserva, con respecto a esa primera disposición, toda su vigencia (con cita de la STJUE de 9 de marzo de 2017, C-551/15 *Pula Parking*, EU:C:2017:193, apartado 31).

¹² *Vid.* por todas la STJUE, de 27 de septiembre de 1988, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, *Kalfelis*, apartado 17.

¹³ *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, p. 409.

¹⁴ *Vid.* por analogía, en particular, las STJUE de 17 de junio de 1992, C-26/91, *Handte*, ECLI:EU:C:1992:268, apartado 10, y de 5 de febrero de 2004, C-265/02, *Frahuil*, ECLI:EU:C:2004:77, apartado 22.

¹⁵ *Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación comercial internacional”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel, 2016, p. 323.

¹⁶ Apartado 61 de la TJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2018:160.

¹⁷ Apartado 54 de las Conclusiones del ABOGADO GENERAL SR. MICHAL BOBEK presentadas el 19 de octubre de 2017, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2017:787.

¹⁸ *Vid.* por todas la STJUE de 20 de enero de 2005, as. C-25/02, ECLI:EU:C:2003:435, *Engler*, apartado 51.

¹⁹ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 145.

²⁰ Dicha solución permite solventar los problemas asociados a una interpretación estricta de la noción de materia contractual, anclada en el principio de relatividad de los contratos, a los que se refería R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales...”, *loc. cit.*, pp. 407, habida cuenta de que conducían a considerar como extracontractuales en la aplicación del R 4472001 situaciones, habitualmente, consideradas como contractuales no solo en los Derechos de los Estados miembros, sino también desde la perspectiva del Derecho aplicable (supuestos de subrogación y cesión).

²¹ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 902. Apoyando esta tesis con las analogías en materia de seguros y cesión legal, *vid.* apartado 55 de las Conclusiones del ABOGADO GENERAL SR. MICHAL BOBEK ECLI:EU:C:2017:787.

con las del contrato para que una cuestión quede comprendida en foro especial en materia contractual de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) R 1215/2012.

13. En el caso que nos ocupa, el tribunal remitente expresa sus dudas a propósito de la naturaleza de la acción de un pasajero con el objeto de obtener una compensación económica con arreglo al artículo 7 del Reglamento 261/2004 con motivo de los perjuicios causados por el gran retraso de un vuelo de conexión, ejercitada contra el transportista aéreo encargado de efectuar el primer vuelo, en el cual se ha producido la irregularidad, que no es la compañía aérea con la que el pasajero celebra el contrato de transporte. En este contexto, dos opciones se barajaron en el procedimiento a efectos de valorar la naturaleza de las demandas controvertidas, o bien considerar la naturaleza extracontractual de la pretensión al no existir contrato entre el pasajero y la compañía operadora, por lo que ésta es demandada por no cumplir las obligaciones legales previstas en el Reglamento 261/2004, o bien considerar la naturaleza contractual de la acción con base en el tenor bastante abierto de la expresión “materia contractual” de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) R 1215/2012, que permite identificar una obligación libremente asumida por una persona respecto de otra, aunque esta otra no haya celebrado un contrato con la persona que libremente se obliga.

Planteado el problema, se ha de descartar la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de la compañía operadora, en la medida en que no deriva de la inobservancia de una norma legal que regula una conducta, sino del cumplimiento defectuoso de la obligación de efectuar un transporte aéreo en las condiciones previstas en el contrato entre el pasajero y la compañía área contractual. Como señala el Abogado General²², las formas de subcontratación o externalización acordadas por la compañía contractual y la compañía operadora no modifican la naturaleza ni el alcance de las obligaciones asumidas por la primera con los pasajeros con los que contrata. Esas mismas obligaciones las asume voluntariamente la compañía operadora al operar en nombre y representación de la compañía contractual, y no las puede eludir aunque no haya celebrado un contrato directamente con los pasajeros. No en vano, el artículo 5 (5) Reglamento 261/2004 dispone que cuando una compañía operadora encargada de efectuar un vuelo que no tenga contrato con el pasajero dé cumplimiento a obligaciones en virtud del presente Reglamento, se considerará que lo hace en nombre de la persona que tiene un contrato con el pasajero. En nuestra jurisprudencia, el Auto AP de Zaragoza (Sección 4ª) nº 517/2007, de 11 de octubre²³, ya había realizado antes este mismo planteamiento para catalogar como contractual la responsabilidad del transportista aéreo no contractual, que operaba el vuelo en el que se produjo el accidente, en virtud del contrato celebrado con el transportista aéreo contractual, como soporte fáctico que le unía con este último y, a través del mismo, con los pasajeros afectados. Por todo ello deben darse por buenos los argumentos de los asuntos C-274/16 y C-448/16 de la Sentencia *Flightright GmbH*, para catalogar de contractual²⁴, en el sentido de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) R 1215/2012, la acción de reclamación de los pasajeros afectados contra el transportista aéreo no contractual con motivo del incidente que tuvo lugar en el primer tramo del viaje operado por dicha compañía. Como veremos, más adelante, la calificación de contractual de la responsabilidad del operador aéreo no contractual deviene también decisiva a efectos de concretar, junto a la naturaleza unitaria del servicio de transporte, el lugar de cumplimiento de la prestación principal.

IV. Las reglas especiales de competencia de la letra b) del artículo 7 (1)

14. La tercera cuestión es la de mayor enjundia, habida cuenta de que el análisis de los problemas de aplicación que plantea la determinación de lugar de cumplimiento, requiere un examen previo del sistema que establecen las letras a), b) y c) de los artículos 5 (1) R 44/2001 y 7 (1) 1215/2012, que ha sido objeto de las críticas más desafortunadas y merecidas por parte de la doctrina, no solo en lo refe-

²² Apartado 60 de las Conclusiones del ABOGADO GENERAL SR. MICHAL BOBEK ECLI:EU:C:2017:787.

²³ Auto AP de Zaragoza (Sección 4ª) nº 517/2007, de 11 de octubre, JUR\2007\325031, FJ 17º.

²⁴ Apartado 65 de la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2018:160.

rente a su contenido y estructura –recordemos que el R 44/2001 modificó el contenido del artículo 5 (1) del Convenio de Bruselas precisamente para simplificar la complejidad y las deficiencias del sistema anterior–, sino también a la labor interpretativa del TJUE que, a nuestro entender, ha desembocado, no sabemos si consciente o inconscientemente, pero seguro que no era la voluntad del legislador, en una adaptación de la doctrina de la “sumisión voluntaria” elaborada por F.K. von SAVIGNY a los efectos de la determinación del lugar de cumplimiento.

1. Las relaciones con la regla general de la letra a)

15. La regla de competencia especial en materia contractual del artículo 7 (1) R 1215/2012 difiere de la contenida en el artículo 5 (1) Convenio de Bruselas. Ambos textos utilizan como criterio de conexión el lugar de cumplimiento de la obligación, pero con un alcance y contenido diferente. El sistema del artículo 5 (1) Convenio de Bruselas establecía una solución general aplicable a todos los supuestos en materia contractual, de acuerdo con la cual, por una parte, la obligación que había de tenerse en cuenta era la que deriva del contrato y cuyo incumplimiento se hubiere alegado para justificar la acción judicial, y, por otra parte, el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación se determinaba con arreglo a la ley por la que se rige dicha obligación según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio. Dicha solución se encuentra en la letra a) del artículo del artículo 7 (1) R 1215/2012) como regla general para los supuestos a los que no sean de aplicación las reglas especiales de competencia contenidas en la letra b) para dos modalidades contractuales: la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios. Para estos dos tipos contractuales, el legislador europeo ha querido, por un lado, dejar de tener en cuenta la obligación controvertida y atenerse a la obligación característica de dichos contratos, y, por otro, definir de manera autónoma el lugar de cumplimiento como criterio de conexión al tribunal competente. En cambio, para los supuestos a los que no resultan aplicables las reglas especiales, ha querido conservar los principios establecidos por el TJUE, en el contexto del artículo 5 (1) Convenio de Bruselas, en relación con la obligación litigiosa que debe tomarse en consideración y la determinación de su lugar de cumplimiento.

16. En efecto, pese a que las reglas de competencia especial establecidas en las letras a) y b) del artículo 7 (1) R 1215/2012 tienen por objeto completar la regla general de competencia del foro del domicilio del demandado, articulándose alrededor del objetivo de proximidad con base en la existencia de un estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal que debe conocer del mismo, sin embargo, ocupan un distinto lugar en el sistema establecido por el citado precepto. Los elementos claves que explican la relación entre las reglas de competencia establecidas en la letra a) y b), se encuentran en la expresión “*salvo pacto en contrario*”, que figura en la letra b), y en el tenor de la letra c) de la citada disposición al establecer la jerarquía normativa entre ambas [“*cuando la letra b) no fuera aplicable, se aplicará la letra a)*”]²⁵. La interpretación literal de la locución “*salvo pacto en contrario*” lleva a la conclusión de que la solución aportada por la letra b) no es más que una presunción *iuris tantum* de que, salvo que las partes dispongan un lugar de cumplimiento específico para alguna o algunas de las otras obligaciones²⁶, el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar del

²⁵ Sobre la relación de las letras b) y a), *vid.* por todas el apartado 34 de la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2018, C-64/17, *Saey Home*, ECLI:EU:C:2018:173: “*Con carácter preliminar, se ha de precisar que los criterios de atribución de competencia previstos en el artículo 7, punto 1, letra b), del Reglamento n.º 1215/2012 únicamente son aplicables en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio surgido entre partes que han mantenido relaciones comerciales, concluya que tales relaciones tienen su fundamento en un «contrato de compraventa de mercaderías» o en «contrato de prestación de servicios», en el sentido de dicha disposición. Tal calificación excluiría la aplicación de la regla de competencia prevista en la letra a) del citado artículo 7, punto 1. En efecto, teniendo en cuenta la jerarquía normativa que la letra c) establece entre la letra a) y la letra b) de esa disposición, la regla de competencia prevista en la letra a) solo es aplicable de manera alternativa y supletoria en relación con las reglas de competencia enunciadas en la letra b) (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Granarolo, C-196/15, EU:C:2016:559, apartados 30 y 31 y jurisprudencia citada)”.*

²⁶ Atendiendo a la génesis de este precepto, M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 156, consideran que la presunción no juega más que cuando las partes han fijado contractualmente el lugar de pago.

Estado miembro en el que, según el contrato, hubiere sido o debiere ser cumplida la prestación característica del contrato; es decir, la entrega de las mercaderías o la prestación del servicio²⁷.

Esta es también la interpretación que mantiene el TJUE en su Sentencia de 25 de febrero de 2010 *Car Trim*, donde aclara el alcance procesal de la autonomía material de las partes en la determinación del lugar de cumplimiento, distinguiendo la libertad de las partes para excluir la aplicación del sistema de las presunciones y la autonomía de las partes para elegir el lugar de cumplimiento de la prestación característica en el marco de las presunciones: “la expresión «salvo pacto en contrario», que figura en el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, indica que las partes podrán pactar qué deberá entenderse como lugar de cumplimiento a efectos de la aplicación de dicha disposición. Además, a tenor del primer guión del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento, que menciona la expresión «según el contrato», el lugar de entrega de las mercancías será, en principio, el que designen las partes en el contrato”²⁸. Precisamente, la expresión “salvo pacto en contrario” pone de relieve la naturaleza dispositiva de la regla de competencia de la letra b) del artículo 7 (1), pudiendo ser desplazada mediante pacto entre las partes²⁹. En estos casos, cuando las partes hayan previsto el lugar de cumplimiento de la obligación concreta, entra en escena la letra c), remitiendo, a su vez, a la regla primigenia de la letra a), y, con ello, a respetar las exigencias de validez de la *lex contractus*³⁰.

2. Origen y finalidad de las reglas especiales: el papel de la obligación característica

17. Una vez vista las relaciones entre las reglas de competencia de las letras a) y b) del artículo 7.1 R 1215/2012, para entender el alcance de las dos reglas especiales de competencia especial contenidas en la letra b), ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del TJUE que enfatiza los lazos que unen a ambas reglas, en cuanto a su origen, finalidad y lugar que ocupan en el sistema del citado precepto³¹. Como se acaba de ver, los criterios de competencia previstos en la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012 son de aplicación siempre que el órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio, concluya que el objeto de la relación litigiosa tiene su fundamento en un contrato de compraventa de mercaderías o en un contrato de prestación de servicios, y las partes no dispongan otra cosa en el contrato. En lo que respecta al origen y la finalidad, como indica el TJUE en la Sentencia de 3 de mayo de 2007 *Color Drack*³², el objetivo de las reglas especiales de la letra b) del artículo 7 (1) no era otro que romper con la solución anterior (del Convenio de Bruselas), según la cual el lugar de cumplimiento se determinaba, para cada una de las obligaciones litigiosas, en virtud del DIPr del órgano jurisdiccional que conocía del litigio, mediante la determinación de una competencia judicial internacional única para todas las pretensiones basadas en el mismo contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios y la concentración de la competencia judicial internacional en el lugar de ejecución de la prestación principal del contrato en cuestión. De ello se infiere que el legislador ha querido fijar, en relación con estas dos

²⁷ En consecuencia, como bien indica P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...”, *loc. cit.*, p. 3, la expresión “salvo pacto en contrario” no significa que las partes deban incluir necesariamente una cláusula en el contrato para excluir el artículo 5.1 b) R 44/2001, lo que sería absurdo e impensable, sino que hayan previsto el lugar de cumplimiento de la obligación concreta. En tal caso, no estaría justificado aplicar la presunción basada en la obligación característica y cabría acudir directamente a dicho lugar. Esta solución es, además, acorde con el principio de proximidad y la garantía de seguridad jurídica que inspiran los foros del sistema Bruselas y, en especial, los del artículo 5.

²⁸ Apartado 46 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim* ECLI:EU:C:2010:90.

²⁹ *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 3ª, Thomson Civitas, 2016, p. 111.

³⁰ Esta solución también resultaría aplicable cuando a los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios en los que, según el contrato, el lugar de entrega de las mercaderías o de prestación de servicios no se encuentran en un Estado miembro. En tales casos, el Tribunal en cuestión puede determinar su competencia sobre la base de la letra a). No obstante, como se verá más adelante, en el contexto de los contratos de transporte, por la naturaleza indivisible del servicio, es posible que o bien el lugar de origen o bien el lugar de destino, se encuentren en un Estado tercero, si bien es suficiente con que se encuentre cualquiera de los lugares en un Estado miembro de la UE para que resulte de aplicación, en estos supuestos, la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012.

³¹ *Vid.* por todas la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, C-9/12, *Corman-Collins SA*, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 32 y la jurisprudencia citada.

³² Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack*, ECLI:EU:C:2007:262, apartado 39.

modalidades contractuales, un único Tribunal competente para todas las acciones relativas al contrato en cuestión y un único lugar de cumplimiento para la totalidad del contrato. Por ello, salvo pacto en contra de las partes, la letra b) del artículo 7 (1) elimina cualquier posibilidad de fundar la competencia judicial internacional en un fuero basado en el lugar de pago³³, habida cuenta de que todos los litigios sobre el contrato en cuestión deben concentrarse donde se cumpla la obligación característica³⁴.

18. Precisamente, el lazo estrecho entre las reglas especiales de competencia previstas en la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012 inspira la construcción de un principio de interpretación unívoca en la determinación del lugar de cumplimiento, y que orienta el intercambio de las soluciones interpretativas entre las dos modalidades contractuales que recoge el precepto. En particular, este principio ha permitido que el TJUE extienda las soluciones adoptadas en las ventas de mercancías a la prestación de servicios. Como ha señalado en la Sentencia de 9 de julio de 2009 *Rehder*, una interpretación distinta a esas reglas, además de no tener fundamento en lo dispuesto en el propio Reglamento, “*sería contraria a la finalidad perseguida con la aprobación de éste, el cual, mediante la unificación de las reglas de conflicto jurisdiccional en materia civil y comercial, contribuye al desarrollo de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, así como al correcto funcionamiento del mercado interior dentro de la Comunidad*”³⁵. Como se verá, el TJUE ha edificado el sistema de la letra b) sobre la base de este principio, permitiéndole dar respuesta a la determinación del lugar de cumplimiento de cualquier contrato susceptible de ser calificado como compraventa de mercaderías o de prestación de servicios, con independencia de que pueda localizarse en varios lugares o de que se haya de buscar fuera del contrato.

19. Finalmente, se ha de indicar que el sistema de la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/12 descansa en la técnica de la “prestación característica” del contrato, como elemento de engarce entre las dos reglas especiales “siamesas”. La obligación característica desempeña dos funciones claves en el sistema de la letra b), tanto en la fase de calificación del contrato litigioso, coadyuvando a la delimitación dentro de la categoría de contrato de compraventa de mercadería o de prestación de servicios, como en la fase de determinación del lugar de ejecución. No en vano, para reforzar los objetivos de unificación de las reglas de competencia judicial internacional y de previsibilidad las nociones de contrato de compraventa de mercaderías, contrato de prestación de servicios y lugar de cumplimiento, reciben una definición autónoma y uniforme en el marco de la citada disposición. Con carácter general, el TJUE se ha referido a este doble papel de la obligación característica del contrato como pilar y vector de la construcción de dichos conceptos autónomos europeos, señalando, por un lado, que “*para calificar un contrato a efectos de esa disposición es preciso basarse en la obligación característica del contrato en cuestión*”³⁶. De este modo, “*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)*”³⁷. Por otro lado, precisando que “*en lo que atañe a los contratos de compraventa de mercaderías y a los contratos de prestación de servicios, la citada disposición recoge como criterio de conexión con el tribunal competente la obligación característica de los mencionados contratos*”³⁸. Así, reteniendo la obligación característica como criterio de conexión, “*consagra el lugar de entrega como criterio de vinculación autónomo que*

³³ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en *Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado-Liber amicorum Alegria Borrás)*, Marcial Pons, Madrid, p. 293.

³⁴ *Ad ex.*, los relativos al cumplimiento de las obligaciones primarias, como la entrega o el precio, o secundarias, como una indemnización por incumplimiento y las restituciones derivadas de una resolución contractual, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 153.

³⁵ Apartado 37 de la Sentencia de 9 de julio de 2009, C-204/08, *Rehder*, ECLI:EU:C:2009:439.

³⁶ Apartados 31 y 32 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, ECLI:EU:C:2010:90, y apartado 34 de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, C-9/12, *Corman-Collins SA*, ECLI:EU:C:2013:860.

³⁷ Apartado 32 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, ECLI:EU:C:2010:90.

³⁸ Apartado 54 de la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco*, ECLI:EU:C:2009:257, y apartado 31 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, ECLI:EU:C:2010:90.

*debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa de mercancías*³⁹ (solución también aplicable al lugar de prestación principal en los contratos de prestación de servicios).

20. Así pues, habida cuenta de lo anterior, los objetivos de concentración de la competencia judicial en el lugar de cumplimiento y determinación de una competencia judicial única para todas las pretensiones basadas en el contrato, explican que la regla especial que recoge la letra b) del artículo 7 (1) esté pensada para resolver la determinación de la competencia cuando existe una obligación característica clara dentro del contrato y un único lugar de cumplimiento de la obligación principal. Los principales problemas de aplicación tendrán lugar cuando ha de determinarse el lugar de cumplimiento en caso de pluralidades de lugares de prestación, y, más en particular, en contratos en los que no resulta fácil determinar de forma unívoca la obligación característica. Ambas dificultades se plantean en el marco de las Sentencias *Flightright GmbH* y *Zurich Insurance* en relación con los contratos de transporte aéreo de pasajeros y de mercancías, habida cuenta de que, hallándose comprendidos dentro de la categoría de prestación de servicios a los efectos de la letra b) del artículo 7 (1), reproducen los supuestos patológicos para los que, en principio, nos estaba preparada la letra b), en la medida en que el carácter unitario de la obligación de servicio de transporte, impide distinguir una parte concreta de la prestación principal que se preste en un lugar preciso.

V. La calificación de los contratos de transporte como contratos de prestación de servicios

21. La letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012 no contiene una definición del concepto contrato de compraventa de mercaderías y contrato de prestación de servicios, si bien, como ha señalado el TJUE, tales términos requieren de una interpretación autónoma y uniforme⁴⁰. Como hemos indicado, la obligación característica del contrato desarrolla un papel clave en la elaboración de la definición, habida cuenta de que impide efectuar una aproximación genérica a los contratos considerados en su integridad, obligando, en su lugar, a analizar, en cada contrato, qué obligación constituye la prestación característica del mismo⁴¹. En este orden de consideraciones, el TJUE ha aportado diversos criterios hermenéuticos que se han de tener en cuenta a efectos de delimitación entre las dos categorías, donde especialmente llama la atención el empleo del criterio sistemático desmarcándose del principio de interpretación unívoca de las reglas de competencia de la letra b). En efecto, para delimitar el significado de la categoría de prestación de servicios, el TJUE ha renunciado a tener en cuenta la noción amplia de servicios contenida en otros ámbitos del Derecho de la UE, tanto del Derecho originario (artículo 57 TFUE) como del Derecho derivado (las directivas en materia de IVA)⁴². En cambio, procede a identificar los elementos que permiten la calificación de un contrato que tenga por objeto la compraventa de mercaderías, tomando en consideración no sólo las soluciones previstas en otras normas del Derecho europeo (la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo), sino también en instrumentos convencionales (la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980)⁴³.

22. Ahora bien, si el TJUE ha decidido renunciar a la definición amplia del concepto de servicios en el sentido del Derecho originario y derivado, es porque en el caso concreto (un contrato de

³⁹ Apartado 50 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*. ECLI:EU:C:2010:90.

⁴⁰ *Vid.* en este sentido, la Sentencias del TJUE de 13 de julio de 2006, C-103/05, *Reisch Montage*, ECLI:EU:C:2006:471, apartado 29; la Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, C-283/05, *ASML*, ECLI:EU:C:2006:787, apartados 16 y 22; y la Sentencia de 3 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack*, ECLI:EU:C:2007:262, apartado 18.

⁴¹ *Vid.* C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b)...”, *loc. cit.*, p. 11.

⁴² Apartados 34 a 39 de la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07 *Falco*. ECLI:EU:C:2009:257.

⁴³ Apartados 35 a 38 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, ECLI:EU:C:2010:90. Para un estudio crítico de los elementos hermenéuticos de la citada sentencia, *vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7392, pp. 8-10. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Nota a la STJ de 25 de febrero de 2010, as. C-381/08, *Car Trim*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, pp. 1026-1028.

licencia de propiedad intelectual) concurrían circunstancias que impedían su extrapolación a la noción de servicios de la letra b) del artículo 7 (1), so pena de no menoscabar la eficacia de las letras c) y a) de la citada disposición.: “*Si en este ámbito se producen, en su caso, interpretaciones amplias del concepto de servicios, es por la voluntad de que el mayor número posible de actividades económicas que no estén comprendidas dentro del ámbito de la libre circulación de mercancías, de capitales o de personas, no eludan por ello la aplicación del Tratado CE*”⁴⁴. No en vano, con el mismo argumento, el artículo 2 de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, en sintonía con el artículo 57 TFUE, incluye en la noción de servicios ciertas actividades auxiliares vinculadas a la fabricación de bienes (por ejemplo, la venta minorista y la instalación de un producto), que a efectos de la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012 han de calificarse como compraventa de mercaderías. En cualquier caso, entendemos que de haber tenido en cuenta el TJUE el círculo hermenéutico que proporciona el régimen europeo de la libre circulación de servicios, los contratos de transporte recibirían la calificación de contratos de prestación de servicios a efectos de la letra b) del artículo 7 (1), habida cuenta de que el propio artículo 58 TFUE, como el artículo 2 Directiva 2006/123, utilizan la locución “servicios de transporte”⁴⁵, en sintonía con la definición prevista en los artículos 57 y TFUE, es decir, como cualquier actividad económica por cuenta propia prestada normalmente a cambio de una remuneración⁴⁶.

23. A estos efectos, en cuanto concepto propio del DIPr europeo⁴⁷, el TJUE ha establecido que la noción de “servicios”, en el sentido del segundo guión de la letra b) del artículo 7.(1), “*implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración*”⁴⁸. Con base en esta definición, resulta sencilla la subsunción de los contratos de transporte en la categoría de prestación de servicios de la referida disposición, tal como hizo el TJUE en la Sentencia de 9 de julio de 2009 *Rehder*, en la medida en que los transportes aéreos suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados: “*Los servicios cuya prestación es necesaria para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de transporte aéreo de personas son, en efecto, el registro y el embarque de pasajeros así como la acogida de éstos a bordo del avión en el lugar de despegue pactado en el contrato de transporte, la salida del aparato a la hora prevista, el transporte de pasajeros y de sus equipajes desde el lugar de partida hasta el lugar de llegada, la atención a los pasajeros durante el vuelo y, finalmente, el desembarque de éstos en condiciones de seguridad en el lugar de aterrizaje y a la hora convenida en el citado contrato*”⁴⁹. Partiendo de esta consideración, en la Sentencia de 4 de septiembre de 2014 *Nickel & Goeldner Spedition*⁵⁰, se limitó a indicar directamente, para la determinación de la competencia judicial,

⁴⁴ Apartado 35 de la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco*, ECLI:EU:C:2009:257.

⁴⁵ Bien es cierto que para la exclusión de los contratos de transportes del régimen general de la libre prestación de servicios. Antes de que el TJUE ofreciera una definición autónoma, algunos autores entendieron que esta exclusión impedía la subsunción del contrato de transporte en la categoría de prestación de servicios del actual artículo 7 (1) R 1215/2012, *vid.* por todos, I. HEREDIA CERVANTES, “El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, p. 71). En lo que no repararon estos autores fue que dicha exclusión tenía por objeto clarificar el carácter de *lex specialis* del régimen especial europeo para los servicios de transporte.

⁴⁶ En relación con la falta de una definición de la noción de remuneración en estos textos, no falta jurisprudencia del TJUE, en el ámbito de las libertades, que interpreta este concepto a partir de su característica esencial, y que considera como remuneración la contrapartida económica de la prestación que se discute: Sent. TJUE, de 22 de mayo de 2003, C-355/00, *Freskot*, ECLI:EU:C:2003:298, apartado 35. La contrapartida económica se define entre el prestador y el destinatario del servicio (Sent. TJUE, de 27 de septiembre de 1988, C-263/86, *Humbel*, ECLI:EU:C:1988:451, apartado 17; y Sent. TJUE, de 7 de diciembre de 1993, C-109/92, *Wirth*, ECLI:EU:C:1993:916, apartado 15). Precizando igualmente que las actividades desarrolladas deben ser reales y efectivas (Sent. TJUE, de 23 de marzo de 1982, C-53/81 *Levin*, ECLI:EU:C:1982:105, apartado 17; Sent. TJUE, de 5 de octubre de 1988, C-196/87, ECLI:EU:C:1988:475, *Steymann*, apartado 13; y la Sent. TJUE, de 11 de abril de 2000, C-51/96 y C-191/97, *Deliège*, ECLI:EU:C:2000:199, apartado 54).

⁴⁷ *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...”, *loc. cit.*, p. 9.

⁴⁸ Apartado 26 del Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013, C-469/12, *Krejci Lager*, ECLI:EU:C:2013:788, y apartado 38 de la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2018, C-64/17, *Saey Home*, ECLI:EU:C:2018:173. Criticando la ausencia de una definición en los mismos términos en la Sentencia *Rehder*, *vid.* P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas (a propósito de la STJUE de 9 de julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 31., núm. 2, 2011, p. 295.

⁴⁹ Apartado 40 de la Sentencia de 9 de julio de 2009, C-204/08 *Rehder*, ECLI:EU:C:2009:439.

⁵⁰ Apartado 40 de la Sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2014, C-157/13, *Nickel & Goeldner Speditio*, ECLI:EU:C:2014:2145.

que el contrato de transporte aéreo de pasajeros responde al “concepto de prestación de servicios” en los términos de la letra b) artículo 5 (1) R 44/2001. Finalmente, en la Sentencia *Flightright GmbH* da también por sentado que constituyen contratos de prestación de servicios, toda vez que “un contrato de transporte aéreo –como los controvertidos en los litigios principales, constituidos por una única reserva para todo el trayecto– obliga al transportista aéreo a transportar a un pasajero de un punto A a un punto C”⁵¹.

Por las mismas razones no debería suscitar mayores problemas la operación de calificación de un contrato de transporte de mercancías como contrato de prestación de servicios. Prueba de ello es que en la Sentencia *Zurich Insurance* el TJUE no modifica el planteamiento seguido en las sentencias de transporte aéreo de pasajeros, habida cuenta de que la finalidad subyacente de los transportes multimodales es la misma⁵². En relación con esta finalidad, señala el Abogado General en este asunto, se trata de “trasladar un objeto desde un sitio definido a otro sitio definido, es decir, transportarlo desde A a B, hace de estos dos puntos los dos extremos de un recorrido, separados entre sí por tiempo y distancia. El objetivo del contrato es simplemente cubrir esa distancia”⁵³. Ahora bien, lo dicho no significa que la caracterización de un contrato en la categoría de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios sea siempre una operación sencilla⁵⁴. La complejidad se presenta, por ejemplo, con los contratos mixtos donde coexisten aspectos de la compraventa de mercaderías –la compraventa de los productos objeto de la distribución– con otros aspectos propios de la prestación de servicios –la representación y promoción de las ventas de dichos productos–⁵⁵. La solución a estos problemas los ha tratado de encontrar el TJUE en el concepto de la prestación principal. Así, en el ámbito que nos ocupa, ese problema de delimitación se produce en presencia de un contrato que cuenta entre sus obligaciones la de entregar una mercadería al cocontratante y a la que van unidas, en relación de accesoriedad, otras obligaciones (como el transporte). De conformidad con el planteamiento del TJUE en la Sentencia de 25 de febrero de 2010 *Car Trim*⁵⁶, este tipo de contratos constituye típicamente contratos de compraventa de mercaderías, en la medida en que la transmisión de las mercancías al vendedor constituyen el objetivo fundamental del contrato.

24. Por lo demás, que el contrato de transporte haya sido celebrado por un consumidor carece de relevancia, pues, como ya se ha indicado, los contratos de transportes quedan excluidos de la esfera de aplicación del foro de protección previsto en los artículos 17 a 19 R 1215/2012⁵⁷, salvo que se trate

⁵¹ Apartado 71 de la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2018:160.

⁵² Apartados 19 a 23 de la Sentencia del TJUE, de 11 de julio de 2018, as. C-88/17, *Zurich Insurance Plc*, ECLI:EU:C:2018:558.

⁵³ Apartado 58 de las Conclusiones del ABOGADO GENERAL SR. EVGENI TANCHEV presentadas el 10 de abril de 2018, C-88/17, *Zurich Insurante Plc*, ECLI:EU:C:2018:224.

⁵⁴ *Vid.*, a este respecto, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución...”, en *Entre Bruselas...*, *op. cit.*, pp. 296-302.

⁵⁵ *Vid.*, a este respecto, 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 130-134; así como J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “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 de marzo 2018, Saey Home, C-64/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 910-913.

⁵⁶ Apartado 61 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08 *Car Trim*, ECLI:EU:C:2010:90.

⁵⁷ El Informe del PROF. SCHLOSSER, DO C 189 de 28 julio 1990, p. 227, justifica la exclusión “por el hecho de que los convenios internacionales someten dichos contratos a un régimen especial con ramificaciones y de que la inclusión de dichos contratos en el Convenio, únicamente desde el punto de vista de la competencia judicial, complicaría la situación jurídica”. Pero como bien ha señalado A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, pp. 189-190, el problema esencial que suscita la aplicación del foro de protección a los contratos de transporte y, que en definitiva explica, pero en ningún caso justifica la exclusión de los mismos, se encuentra el grave perjuicio económico que supondría para las compañías aéreas la admisión del *forum actoris* en esta materia, habida cuenta de que se verían obligadas a litigar ante los Tribunales de diversos Estados miembros, e incluso dentro de un mismo Estado ante diferentes Tribunales territorialmente competentes. No en vano, la exclusión de los contratos de transporte del foro de protección perjudica los intereses de los consumidores, en la medida en que permite la operatividad del foro de sumisión expresa (artículo 25 R 1215/2012) a este tipo de contratos, por lo que lo razonable hubiera sido establecer límites a la autonomía de la voluntad en la designación del tribunal competente, en la misma línea, por ejemplo, que el artículo 49 del Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. *Vid.* también, a este respecto, P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...”, *loc. cit.*, pp. 12-13.

de contratos de transporte de pasajeros contratados en el marco de un servicio de viaje combinado en el sentido de la Directiva 2015/2302 y nada indica, como ya se ha señalado, de que en los vuelos controvertidos de la Sentencia *Flightright GmbH* formasen parte de un viaje combinado.

VI. Problemas que comporta la aplicación de la letra b) del artículo 7 (1)

25. Los objetivos de concentración de la competencia judicial en el lugar de cumplimiento y determinación de una competencia judicial única para todas las pretensiones basadas en el contrato, ha suscitado la duda en relación con la aplicación de la letra b) del artículo 7 (1), en los supuestos en los que, o bien las partes no prevén explícitamente en el contrato ningún lugar específico de cumplimiento de la prestación característica, o bien, como sucede en contratos como los que ocupan nuestra atención, en los que la pluralidad de lugares de cumplimiento de las prestaciones principales es inherente a su propia naturaleza.

1. Pluralidad de prestaciones principales y lugares de cumplimiento

26. Como ya se ha señalado, entre los principales problemas de aplicación a los que se enfrentan las reglas especiales de competencia de la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012, se encuentran los supuestos patológicos asociados a determinados contratos, como los transportes de personas y mercancías, en los que no resulta posible identificar un único lugar de cumplimiento de la prestación característica. Habida cuenta de que las reglas especiales de la citada disposición están pensadas para resolver la determinación de la competencia cuando existe una obligación característica clara dentro del contrato y un único lugar cumplimiento de la obligación principal, a la luz de una interpretación literal, estos supuestos deberían, en principio, quedar excluidos de la esfera de aplicación de la letra b), y, por lo tanto, sometidos, en virtud de la letra c), a la regla general primigenia contenida en la letra a) relativa a la “obligación que sirve de base a la demanda”. Una interpretación literal se compadece, por otra parte, con el principio consagrado, conforme a reiterada jurisprudencia⁵⁸, de que los foros especiales del artículo 7 deben interpretarse en sentido estricto, en la medida en que se separan del criterio general del domicilio del demandado. Sin embargo, en un sentido contrario, el TJUE ha optado por una interpretación amplia favorable a la aplicación de la letra b) a los supuestos descritos anteriormente, merced al concepto de prestación principal de los servicios⁵⁹.

27. El origen de esta solución interpretativa amplia se encuentra en la Sentencia de 3 de mayo de 2007 *Color Drack*⁶⁰, en el marco de una compraventa de mercaderías que implicaba una pluralidad de entregas en un mismo Estado miembro, en la que el TJUE declaró que el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente se encuentra, por regla general, en el lugar de “la entrega principal”⁶¹. Posteriormente, amparándose en la exigencia de la interpretación unívoca de las reglas especiales de competencia de la letra b), la Sentencia de 9 de julio de 2009 *Rehder* abrió la

⁵⁸ *Vid.* en este sentido las Sentencias del TJUE de 14 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559, apartado 17; de 16 de julio de 2009 C-189/08, *Zuid-Chemie*, EU:C:2009:475, apartados 20 y 21; y de 18 de julio de 2013, C-147/12, *ÖFAB*, EU:C:2013:490, apartado 30.

⁵⁹ Como ha señalado la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2018, C-64/17, *Saey Home*, ECLI:EU:C:2018:173, apartado 44: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en caso de que exista una pluralidad de lugares de ejecución de la obligación característica de un contrato de prestación de servicios, habrá de entenderse por lugar de ejecución, en el sentido del artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n.º 1215/2012, el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, vínculo que se encuentra, por regla general, en el lugar de prestación principal de los servicios”.

⁶⁰ Apartado 40 de la Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack*, ECLI:EU:C:2007:262.

⁶¹ Críticos con la interpretación de esta sentencia por ir más allá del tenor de la norma, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 913; R. ARENAS GARCÍA, “Nota a la STJCE de 3 de mayo de 2007, as. C-386/05, *Color Drack*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VII, 2007, p. 926; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Nota a la STJCE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, núm. 1, 2007, pp. 283-284, así como C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b)...” , *loc. cit.*, p. 13.

puerta para extender la misma solución a los contratos de prestación de servicios. *Mutatis mutandi*, en supuestos en los que la prestación se lleva a cabo en más de un Estado miembro, el TJUE señaló que el lugar de cumplimiento a los efectos de la letra b) es aquel en el que debe ejecutarse la prestación principal, que deberá también determinarse con arreglo a la economía del contrato⁶².

28. La solución casuística aportada por el TJUE para salvar los escollos de la aplicación de la letra b) a los supuestos patológicos indicados, no solamente tiene por resultado el concepto de “prestación (entrega) principal”, sino también, con base en los criterios económicos con los que se ha de concretar este nuevo concepto, la distinción de dos nuevas categorías dentro de las modalidades contractuales recogidas en la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012, a saber: de un lado, “contratos cuyas prestaciones constituyen operaciones diferentes y cuantificables”, como, por ejemplo, una compraventa con entregas de mercancías en lugares distintos, o un contrato de agencia en el que el agente ha de prestar los servicios en diferentes Estados, y, de otro, “contratos que suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible o unitaria”, como acontece con los contratos de transporte, en los que resulta inviable identificar una única prestación relevante desde el punto de vista económico⁶³.

29. En efecto, en la Sentencia de 9 de julio de 2009 *Rehder*, en la que el TJUE se pronunció sobre la competencia judicial en el caso de una demanda presentada, en virtud del R 261/2004, por un pasajero que celebró un contrato de transporte con una compañía aérea, que también era la compañía operadora del vuelo directo cancelado objeto de la demanda, señaló que el lugar de prestación principal debe establecerse en función de criterios económicos, siendo relevante a estos efectos los servicios cuya prestación es necesaria para el cumplimiento de las obligaciones esenciales derivadas del objeto del contrato. A este respecto, el TJUE rechaza el lugar del domicilio o del establecimiento principal de la compañía aérea en cuestión, el lugar de celebración del contrato y el de expedición del billete, en la medida en que se vinculan con actividades preparatorias que no guardan relación con la economía del contrato⁶⁴ -“*En efecto, las operaciones y acciones llevadas a cabo desde dicho lugar, como la puesta a disposición de un aparato y de un equipo adecuados, constituyen medidas logísticas y preparatorias con vistas al cumplimiento del contrato de transporte aéreo y no servicios cuya prestación esté vinculada al contenido propiamente dicho del contrato. Lo mismo sucede con el lugar de celebración del contrato de transporte aéreo y el de expedición del billete*”⁶⁵-. Procede después a hacer lo mismo con los lugares de escala del viaje porque tampoco reflejan un vínculo suficiente con los servicios esenciales derivados del contrato. Finalmente, el TJUE llega a la conclusión de que, en virtud de la naturaleza de los servicios prestados a los pasajeros, el lugar de salida y el lugar de destino final son los únicos servicios que presentan un vínculo de proximidad con los elementos materiales del contrato. Precisamente al ponderar la pertinencia de los lugares de partida y llegada de un vuelo, el TJUE resaltó las diferencias de esta situación respecto a la de un contrato de compraventa con “*entregas de mercancías en lugares distintos, que constituyen operaciones diferentes y cuantificables en orden a determinar la entrega principal en función de criterios económicos*”, justificando la calificación de que “*los transportes aéreos suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al lugar de llegada del avión, de forma que no cabe distinguir en tales casos, en función de un criterio económico, una parte concreta de la prestación que constituya la prestación principal y que se preste en un lugar preciso*”⁶⁶.

⁶² Apartados 36 a 38 de la Sentencia de 9 de julio de 2009, C-204/08, *Rehder*. ECLI:EU:C:2009:439.

⁶³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...”, *loc. cit.*, pp. 10-11. Como bien señala la autora, más que una verdadera plurilocalización de servicios (en cuanto obligaciones autónoma), la indivisibilidad asociada al contrato de transporte provoca una plurilocalización de servicios (en cuanto obligaciones autónomas), que impide seleccionar un único lugar para la prestación característica. A diferencia de lo que acontece en otros contratos de servicios en los que exista una verdadera plurilocalización de servicios dotados de cierta independencia (*ad ex.*, un contrato de transporte y de depósito, un contrato de viaje combinado, etc.).

⁶⁴ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución...”, en *Entre Bruselas...*, *op. cit.*, p. 303; C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b)...”, *loc. cit.*, pp. 14-15. P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo...”, *loc. cit.*, p. 299.

⁶⁵ Apartado 39 de la Sentencia de 9 de julio de 2009, C-204/08 *Rehder*, ECLI:EU:C:2009:439.

⁶⁶ Apartado 42 de la Sentencia de 9 de julio de 2009, C-204/08 *Rehder*, ECLI:EU:C:2009:439.

30. El TJUE reproduce el mismo razonamiento en los supuestos que nos ocupa. A diferencia de litigio que dio lugar a la Sentencia *Rehder*, en los asuntos C-274/16 y C-448/16 de la Sentencia *Flightright GmbH* el vuelo de conexión reservado incluía dos vuelos operados por dos compañías aéreas no siendo el transportista del primero —en el que se produce la controversia— el operador aéreo contractual. Sin embargo, atendiendo al carácter unitario del servicio de transporte y a la responsabilidad contractual de la compañía operadora no contractual, el TJUE llega a la conclusión de que, en el supuesto de un vuelo de conexión, “el lugar de llegada del segundo vuelo” constituye el lugar de prestación principal, en el sentido de la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012, cuando el transporte en los dos vuelos lo realicen dos compañías aéreas distintas y la acción de reclamación se base en un incidente que ha tenido lugar en el primer trayecto, operado por la compañía aérea que no es quien contrata directamente con los pasajeros afectados, en la medida en que presenta un vínculo suficientemente estrecho con los elementos materiales del litigio y, por lo tanto, cumple el principio de proximidad que inspira a dicha disposición⁶⁷. Desde el punto de vista del operador aéreo no contractual, esta solución es acorde con el objetivo de previsibilidad, habida cuenta de que tendrá que asumir el coste inherente a este tipo de colaboraciones o alianzas entre compañías, a sabiendas de que el contrato de transporte aéreo compuesto de dos tramos es un servicio unitario e indisociable que incluye el transporte desde el lugar de origen al lugar de destino⁶⁸. Conviene indicar que sería la misma solución a la que habría llegado el TJUE en el asunto C-447/16 de la Sentencia *Flightright GmbH*, de haber tenido la compañía aérea demandada el domicilio en la UE, si bien con la única diferencia, en relación con los anteriores casos, de que acción de reclamación se basaba en una incidencia ocurrida en el segundo tramo de viaje y dirigida contra el operador aéreo contractual, quien era el encargado de realizar ese segundo vuelo. En el ámbito de transporte de mercancías, el TJUE avala la misma interpretación en la Sentencia *Zurich Insurance* considerando lugar de prestación del servicio no sólo el lugar de entrega, sino también el lugar de expedición de una mercancía⁶⁹. Como ha indicado el Abogado General, la circunstancia de que el objeto transportado y el medio de transporte (transporte multimodal por carretera/marítimo) sean diferentes, nada modifica la posición preponderante de los lugares de salida y destino, como lugares de prestación principal, en virtud de la naturaleza indivisible y unitaria de todos los servicios que deben ser prestados en tal contrato⁷⁰. A juicio

⁶⁷ Apartado 78 de la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2018:160.

⁶⁸ Como bien afirma el ABOGADO GENERAL SR. MICHAL BOBEK en el apartado 85 de las Conclusiones presentadas el 19 de octubre de 2017, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, ECLI:EU:C:2017:787: “*el enfoque sobre la competencia internacional que el Tribunal de Justicia habrá de adoptar en el presente asunto debe ser factible no solo en relación con los viajes compuestos de dos tramos, sino también con aquellos compuestos de tres o más etapas. Las aplicaciones hipotéticas del enfoque «estanco» al tipo de viajes descrito, en el que pueden intervenir varias compañías operadoras, ponen claramente de manifiesto los problemas prácticos. En efecto, dicho enfoque implica que, desde el punto de vista del pasajero, la competencia únicamente podría establecerse en el lugar donde el viaje se interrumpió. Dicha competencia, que puede surgir de manera arbitraria, podría convertir la relación triangular (compañía contractual, compañía operadora y pasajero) en un auténtico Triángulo de las Bermudas, con la diferencia de que, mientras que los aviones y barcos parecen desaparecer en él solo en el ámbito de la (ciencia) ficción, con las normas de competencia internacional definidas de tal forma los derechos de los pasajeros desaparecerían realmente*”.

⁶⁹ Apartado 25 de la Sentencia del TJUE, de 11 de julio de 2018, as. C-88/17, *Zurich Insurance Plc*, ECLI:EU:C:2018:558. La misma solución a la que había llegado antes P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...”, *loc. cit.*, p. 10.

⁷⁰ A la luz de estas consideraciones, como afirma en los apartados 58 y 59 de las Conclusiones del ABOGADO GENERAL SR. EVGENI TANCHEV presentadas el 10 de abril de 2018, C-88/17, *Zurich Insurance Plc*, ECLI:EU:C:2018:224: “*Tanto en los transportes multimodales como en los vuelos segmentados, los dos lugares principales en los que se prestan los servicios están interrelacionados por la tarjeta de embarque en el caso del transporte aéreo y por el contrato entre el remitente y el transportista en el caso del transporte multimodal. La finalidad subyacente de este tipo de contrato, a saber, trasladar un objeto desde un sitio definido a otro sitio definido, es decir, transportarlo desde A a B, hace de estos dos puntos los dos extremos de un recorrido, separados entre sí por tiempo y distancia. El objetivo del contrato es simplemente cubrir esa distancia. Estos dos lugares —salida y destino— son fundamentales en el contrato de transporte de mercancías y solo juntos forman sus elementos esenciales y característicos. En la presente situación, en la que los medios de transporte utilizados cambian a lo largo del trayecto y especialmente en los puertos, el que las mercancías se transporten en una serie de etapas diferentes es también una característica inherente a tal transporte. En mi opinión, sin embargo, el hecho de que haya sido necesario descargar mercancías pesadas y de gran volumen, como la trituradora en cuestión, y trasladarla por tierra con su propio sistema de propulsión, así como los riesgos de pérdidas o daños inherentes a un procedimiento de este tipo (incluida la posibilidad de robo) no modifica la situación de modo que se atribuya a los lugares de recarga o transbordo una importancia equivalente a la del lugar de expedición. Por tanto, reconocer este último lugar, junto con el lugar de destino, como uno de los «lugares de cumplimiento»*”.

del Abogado General, esta solución se alinea, a su vez, con las soluciones establecidas en los Convenios específicos en este ámbito, como las previstas en el artículo 31.1, letra b), del Convenio de Ginebra, de 19 de mayo de 1956, sobre transporte internacional de mercaderías por carretera, y el artículo 21.1, letra c), del Convenio de Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo), en los que tanto el lugar de salida como el lugar de llegada constituyen criterios en base a los cuales cabe atribuir competencia judicial internacional⁷¹. A un resultado similar, aunque no idéntico, conducen las Sentencias *Rehder y Flightright GmbH* en relación con el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, habida cuenta de que, por lo que se refiere a la competencia judicial internacional en caso de responsabilidad contractual del transportista, su artículo 33.1 pone a disposición del demandante un foro de ataque basado en diferentes criterios de competencia entre los que no figura el lugar de origen, pudiendo presentar la demanda ante los Tribunales del Estado parte del domicilio del transportista o de su oficina principal, o los del lugar de celebración del contrato, o los del lugar de destino.

2. El lugar de cumplimiento de la prestación principal “según el contrato”

31. Finalmente, la falta de una definición en el 1215/2012 del concepto de lugar de cumplimiento de la prestación principal también ha planteado serias interrogantes derivadas, esta vez, del inciso “según el contrato”, contenido en la letra b) del artículo 7 (1). De conformidad con esta disposición, salvo pacto en contrario, el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda 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, y 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. La precisión de la expresión “según el contrato” es un asunto de gran trascendencia, en la medida en que determina directamente el alcance de las reglas especiales de competencia contenidas en la letra b). Con base en una interpretación literal de esta expresión, la doctrina condicionaba la aplicación de las reglas especiales a que las partes hubieran fijado expresa o tácitamente el lugar de cumplimiento de la obligación característica en el contrato. En su defecto, de no poder encontrar en el contenido del contrato un lugar concreto pactado por las partes, se consideraba que la letra b) del artículo (1) no resultaba aplicable. Las consecuencias, en cambio, han sido interpretadas en diversos sentidos. Por una parte, se ha defendido que, en virtud de la remisión de la letra c), resultaría de aplicación a estos supuestos la regla general primigenia de la letra a)⁷². Otros autores, en cambio, abogan por considerar que, en estos casos, el lugar de cumplimiento deberá buscarse directamente en la *lex contractus*⁷³.

32. Sin embargo, el TJUE ha decidido ir un paso más allá y, dando rienda suelta a su creatividad⁷⁴, ha optado de nuevo por una interpretación amplia, que pasa por extender la aplicación de la expresión “según el contrato” también a los casos en los que no resulta posible derivar la voluntad de las partes de su contenido⁷⁵. Esta interpretación no ha sido bien recibida en un importante sector de la doctrina no solo

no aumenta el número de foros disponibles de manera que se susciten inquietudes sobre una búsqueda del foro más favorable”.

⁷¹ Vid. apartados 54 y 62 de las Conclusiones del ABOGADO GENERAL SR. EVGENI TANCHEV presentadas el 10 de abril de 2018, C-88/17, *Zurich Insurante Plc*, ECLI:EU:C:2018:224. Con esta misma idea, anteriormente en nuestra doctrina, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...”, *loc. cit.*, pp. 11-12; y A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo...”, *loc. cit.*, p. 192.

⁷² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 920; C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b)...”, *loc. cit.*, p. 17. A este respecto, señala P. JIMÉNEZ BLANCO, “La aplicación del foro contractual...”, *loc. cit.*, pp. 7-8, el argumento de regreso a la regla general no es sólo formal (porque nada conste en el contrato sobre el lugar de cumplimiento de la obligación) sino que también tiene un componente sustancial: si las partes ni han fijado el lugar, ni puede derivarse del contrato un lugar de cumplimiento de la obligación, será sencillamente porque en el caso concreto ese lugar es irrelevante y si es irrelevante difícilmente puede justificarse sobre él un criterio de competencia que cumpla con el principio de proximidad.

⁷³ Vid. M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 154-157.

⁷⁴ Vid. C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b)...”, *loc. cit.*, p. 17.

⁷⁵ La solución interpretativa extensiva arranca con la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, ECLI:EU:C:2010:90, apartados 51 a 61, en el marco de un contrato de compraventa de mercaderías, y la extiende después, en virtud del principio de interpretación unívoca de las dos reglas especiales de la letra b) del artículo 7 (1), a los contratos de presta-

por menoscabar la eficacia de la letras a) y c) del artículo 7 (1), sino también por resultar contraria a la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012, que fue diseñada para ser aplicada, exclusivamente, en los casos en los que el contrato contuviera una indicación clara sobre el lugar de cumplimiento, y no en los supuestos en los que no es posible identificar la voluntad de las partes a través de los términos del contrato⁷⁶. Al margen de las críticas merecidas, un examen de conjunto de la jurisprudencia pone de relieve dos datos relevantes que permiten entender el enfoque del TJUE en este punto. De un lado, la influencia decisiva que ejerce el centro de gravedad de la “prestación principal” (“entrega principal”) en la designación del lugar de cumplimiento. De otro lado, en relación con la explicación técnico-jurídica del planteamiento del TJUE, las concomitancias entre su solución interpretativa con el concepto de “sumisión voluntaria” elaborado por F.K. Von SAVIGNY⁷⁷.

33. En efecto, la solución interpretativa del TJUE desemboca en una suerte de adaptación del concepto de “sumisión voluntaria” de F.K. Von SAVIGNY⁷⁸. A este respecto, hemos de recordar, dos aspectos relevantes de la doctrina del jurista alemán: de un lado, “la sede” representa la materialización de cada especie de relaciones jurídicas –así, en materia contractual, elige el lugar de cumplimiento porque hacía visible la esencia de la obligación; el lugar donde se materializa el derecho subjetivo adquirido-, y, de otro, la “sumisión voluntaria” no tenía más significación en su construcción que la de ser el hecho jurídico que concreta *in casu* el asiento de la relación jurídica. Por ello, según esta tesis, la “sumisión voluntaria” no expresaba en su construcción más que la facultad de los particulares de someterse por la voluntad libre (mediante un acto jurídico, como el contrato) al dominio jurisdiccional del lugar de cumplimiento de la obligación⁷⁹. Como se verá, a continuación, se trata del mismo planteamiento que sigue el TJUE, salvo que en la doctrina de F.K. Von SAVIGNY la obligación característica del contrato no se corresponde con la prestación del vendedor o del prestador de servicios, sino con la prestación debida –*ad ex.*, en el contrato de compraventa, el lugar de ejecución quedaba subordinado a la persona del deudor, que bien podría ser el vendedor o el comprador⁸⁰–.

34. En el planteamiento de F.K. Von SAVIGNY, si los particulares podían elegir el lugar de cumplimiento del contrato, a las partes del contrato les bastaba con fijarlo para quedar bajo la sujeción de los Tribunales del lugar escogido. Ahora bien, es importante no caer en el error de identificar la noción de “sumisión voluntaria” con un acuerdo atributivo de competencia⁸¹. Para el jurista alemán, la sumisión

ción de servicios, a través de la Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2010, C-19/09, *Wood Floor*, ECLI:EU:C:2010:137, apartados 37 a 42 (contrato de agencia), la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574, apartados 55 a 64 (incumplimiento de obligaciones societarias del administrador), y la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2018, C-64/17 *Saey Home*, ECLI:EU:C:2018:173, apartados 42 a 46 (contrato de distribución).

⁷⁶ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 920.

⁷⁷ Es importante reseñar que F.K. VON SAVIGNY distingue el problema de la competencia jurisdiccional de la legislativa, aceptando, junto al foro del domicilio del demandado, foros especiales por razón de cada especie de relaciones jurídicas, *vid.*, a este respecto, J.I. PAREDES PÉREZ, *La perspectiva del reconocimiento en el paradigma multilateral de F.K. von Savigny*, Granada, Comares, 2016, pp. 62-70. Precisamente, la relación recíproca de la competencia jurisdiccional y legislativa se hace patente en su obra con el foro especial en materia de obligaciones contractuales, donde señala que la determinación de la jurisdicción en este ámbito sirve de base para la solución de la búsqueda de la ley que le es aplicable a la obligación litigiosa, *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et le compétence législative en droit international privé”, *R. des C.*, t. 156, 1977, p. 261.

⁷⁸ Sobre la doctrina de la sede de la relación jurídica y la sumisión voluntaria en la construcción de F.K. VON SAVIGNY y su incidencia en el ámbito de la competencia jurisdiccional y legislativa, *vid.* J.I. PAREDES PÉREZ, *La perspectiva del reconocimiento...*, *op. cit.*, pp. 94-120.

⁷⁹ Vid. J.M. ESPINAR VICENTE/J.I. PAREDES PÉREZ, *Tráfico externo...*, *op. cit.*, p. 93. En palabras del autor alemán (§CCCLX): “El derecho local aplicable a cada relación de derecho se encuentra bajo la influencia de la voluntad libre de las personas interesadas que se someten voluntariamente al imperio de un derecho determinado, por más que esta influencia no sea ilimitada. Esta sumisión voluntaria extiende su eficacia a la jurisdicción competente para conocer de las diversas relaciones de derecho”, F.K. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, edición especial de J. L. MONEREO PÉREZ (trad. J. MESÍA Y M. POLEY), Granada, Comares, 2005, p. 1374. Cada cita del jurista alemán se acompaña del párrafo en números romano, tal como sintetizó su obra, acompañado del número de página de la edición.

⁸⁰ §CCCLXIX, pp. 1414-1415.

⁸¹ F.K. VON SAVIGNY negaba la autonomía de la voluntad en la ámbito de la competencia jurisdiccional y de la competencia legislativa, *vid.* §CCCLX, p. 1375.

voluntaria es el resultado de un concurso de voluntades que carece de naturaleza contractual⁸². Dicha negación impide que el concepto de “sumisión voluntaria” pueda verse como una pura aplicación de la jurisdicción prorrogada⁸³, a lo que se ha de añadir que las partes podían fijar el lugar de cumplimiento siempre que la elección no se opusiera a la naturaleza del contrato. Ciertamente, el TJUE ha señalado que aunque las partes tienen libertad para acordar un lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, ello no les permite fijar, con la única finalidad de determinar un fuero competente, un lugar de cumplimiento que no tenga ningún vínculo efectivo con la realidad de la relación contractual y en el que no pudieran cumplirse las obligaciones derivadas de dicha relación con arreglo a sus términos⁸⁴. Este dato es clave para entender el importante papel que desempeña, en el marco de la letra b) del artículo 7 (1), la “prestación principal”, o bien limitando la libertad de las partes en relación con la elección del lugar de cumplimiento, o bien privándolas de tal posibilidad en atención a la naturaleza del contrato en cuestión. Lo primero acontece para todo tipo de contrato cuya obligación principal u obligaciones principales son susceptibles de cumplirse en cualquier lugar. Lo segundo, tratándose de contratos en que las obligaciones principales están estrechamente vinculadas a un determinado lugar, que, en expresión de F.K. Von SAVIGNY⁸⁵, resulta ociosa la elección del lugar de cumplimiento. Esto es lo que sucede con los contratos que centran nuestra atención. Como se ha visto antes, los contratos de transporte suponen servicios prestados de manera indivisible y unitaria, desde un sitio definido de partida a otro sitio definido de llegada, por lo que la posibilidad de que las partes puedan fijar lo contrario en una cláusula del contrato sería, a todas luces, vista como una cláusula de sumisión expresa encubierta y, por tanto, susceptible de ser considerada nula. Naturalmente, los dos lugares en los que se prestan los servicios principales están interrelacionados, bien por la tarjeta de embarque en el transporte aéreo, o sea por el contrato entre el remitente y el transportista en el transporte multimodal⁸⁶.

35. De acuerdo con este planteamiento voluntarista, no sorprende que, en caso de falta de acuerdo por las partes, en lugar de recurrir a la *lex contractus*⁸⁷, F.K. Von SAVIGNY prefiriese encontrar la voluntad de las partes en circunstancias exteriores vinculadas a la situación contractual⁸⁸. Esta solución es, en esencia, la que abraza el TJUE, en relación con la expresión “según el contrato”, en el marco de la letra b) del artículo 7 (1). Tratándose de contratos cuya obligación principal u obligaciones principales son susceptibles de cumplirse en cualquier lugar -lo cual, como se ha visto, no es el caso de los contratos que ocupan nuestra atención-, el TJUE precisa que, cuando no puede deducirse de las cláusulas del propio contrato⁸⁹, incumbe al órgano jurisdiccional, sin tener que recurrir al Derecho material aplicable⁹⁰, buscar el lugar de

⁸² §CCCLX, pp. 1374-1375.

⁸³ §CCCLXIX, p. 1416.

⁸⁴ Vid. por todas la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, C-419/11, *Česká spořitelna*, ECLI:EU:C:2013:165, apartado 56.

⁸⁵ §CCCLX, p. 1374.

⁸⁶ Vid., a este respecto, el apartado 57 de las Conclusiones del ABOGADO GENERAL SR. EVGENI TANCHEV presentadas el 10 de abril de 2018, C-88/17, *Zurich Insurante Plc*, ECLI:EU:C:2018:224.

⁸⁷ §CCCLXX, p. 1421. Esta consideración se encuentra de manera implícita cuando combate las doctrinas de su tiempo que defienden, en caso de ausencia de pacto por las partes, determinar el lugar de cumplimiento a través de las prescripciones de la ley.

⁸⁸ §CCCLXX, p. 1423. Para F.K. VON SAVIGNY, el lugar de celebración del contrato y el domicilio del deudor constituían circunstancias exteriores accesorias que, en defecto de pacto, permitían inducir la sumisión tácita del deudor al lugar de cumplimiento. La prueba de la accesoriedad de esos elementos es que la presunción de sumisión voluntaria podía ser destruida por una declaración contraria expresa de las partes (§CCCLXX, p. 1436). Tomando la idea de B. ANCEL en el plano de los conflictos de leyes, “Le principe de bonne foi et les conflits de lois”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, 2005, p. 1225, la sumisión voluntaria cumplía una función psicológica permitiendo la competencia del tribunal en el que se concentra las expectativas de las partes.

⁸⁹ En los términos en que se pronuncia la de la Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2010, C-19/09 *Wood Floor*, ECLI:EU:C:2013:165, apartado 38.

⁹⁰ Vid. apartado 56 de la Sentencia del TJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, ECLI:EU:C:2010:90. De no poder determinarse el lugar de cumplimiento del contenido del contrato, el apartado 40 de la Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2010, C-19/09, *Wood Floor*, ECLI:EU:C:2010:137, excluye la remisión a la *lex contractus*, de manera implícita, mediante la expresión “*procede con carácter subsidiario*” el lugar de cumplimiento efectivo del contrato. Con otra expresión pero en la misma dirección, el apartado 65 de la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574, indica que “*en defecto (...) deberá determinar el lugar en que el administrador ha desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en el cumplimiento del contrato*”.

cumplimiento efectivo del contrato. Con esta solución, el TJUE parece advertir que, en estas situaciones, este lugar será aquel en que los elementos fácticos del supuesto permitan materializar el centro de gravedad de la prestación principal; o sea, el lugar en el que la parte que realice la prestación principal haya “*desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato*”⁹¹. En los contratos de prestación de servicios, por lo general, el lugar en que el prestador esté domiciliado⁹². En el ámbito de la compraventa de mercaderías, el lugar de entrega material de las mercaderías al comprador⁹³.

VII. A modo de conclusión

36. Comenzaba el presente trabajo destacando la necesidad de abordar, al alimón, el origen, la estructura y la evolución de las reglas especiales de competencia previstas en la letra b) del artículo 7 (1) R 1215/2012, con el análisis de las Sentencias del TJUE de 7 de marzo de 2018, as. ac. C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, y la Sentencia del TJUE, de 11 de julio de 2018, as. C-88/17, *Zurich Insurance*, pues a fin de cuentas las cuestiones que resuelven éstas están orgánicamente vinculadas al citado precepto. No en vano, una aproximación a las principales aportaciones del TJUE en la interpretación de la letra b), nos ha permitido constatar como el Tribunal de Luxemburgo ha ido tejiendo un “sistema” -en la más pura expresión savignyana-, que aún hoy se halla en un proceso de desarrollo, que tiene por objeto determinar el lugar de cumplimiento de la obligación característica en los contratos de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios. Dicho sistema se apoya en una interpretación que ha ido más allá de la letra de la norma para ocuparse también de los problemas relacionados con la determinación del lugar de cumplimiento en caso de pluralidad de lugares y en caso de que se haya de buscar fuera del contrato. A la luz de la jurisprudencia del TJUE, hemos puesto de relieve que estos problemas buscan una solución en la prestación principal del contrato. Esta técnica cumple en el interior del sistema tres funciones básicas. La primera en la fase de calificación para determinar en caso de situaciones complejas si el contrato es de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios. La segunda y la tercera en la fase de determinación del lugar de cumplimiento: por un lado, para identificar ese lugar en caso de existir varias prestaciones separables (una principal y otras accesorias) dentro del contrato, o para identificar los lugares de cumplimiento cuando existan varias prestaciones principales dentro del contrato (lo que sucede con los contratos de transporte en las Sentencias *Flightright GmbH* y *Zurich Insurance*). Por otra lado, en atención a la naturaleza del contrato, para limitar la elección del lugar de cumplimiento (como vínculo entre dicho lugar y el contrato) o para excluirla (como sucede con los contratos de transporte de personas y mercancías); y, en defecto de elección, para identificar el lugar en que se materializa su centro de gravedad.

⁹¹ Apartado 40 de la Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2010, C-19/09, *Wood Floor*, ECLI:EU:C:2010:137, apartado 38; apartado 64 de la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574, y apartado 45 de la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2018, C-64/17, *Saey Home*, ECLI:EU:C:2018:173.

⁹² Apartados 40 a 42 de la Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2010, C-19/09 *Wood Floor*. ECLI:EU:C:2010:137, apartados 63 y 64 de la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14 *Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574, y apartados 44 y 45 de la Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2018, C-64/17 *Saey Home*, ECLI:EU:C:2018:173. Véase el paralelismo con el planteamiento de F.K. VON SAVIGNY cuando se refiere a los casos en los que el propietario de una fábrica o de una casa de comercio viaja, o hace viajar a un agente, con el fin de recibir encargos y de obligarse en su consecuencia a entregar mercancías. Estos casos suscitan la duda de saber en qué consiste la obligación que contrae, y, por tanto, dónde debe colocarse el lugar de cumplimiento. Como advierte el autor, la entrega es un acto complejo que exige un cierto lapso de tiempo. Las mercancías son expedidas por el vendedor, tardan algún tiempo en el camino y llegan a manos del comprador. Aquí se podría considerar como verdadero contenido de la obligación la remisión de las mercancías (domicilio del vendedor), de manera que su recepción no fuera más que una consecuencia ulterior de la ejecución ya perfecta; o la recepción, de modo que el envío no fuera más que un hecho preparatorio de la ejecución real (domicilio del comprador). El autor reconoce en estos casos el principio romano verdadero en el primer punto de vista que lleva a colocar el cumplimiento de la obligación en el domicilio del vendedor (§CCCLXXIII, p. 1439).

⁹³ Para una valoración crítica de esta solución material en el marco de la compraventa de mercaderías, *vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Nuevos avances hacia...”, *loc. cit.*, pp. 10-13.

PROBLEMAS DE APLICACIÓN REGULADOS EN EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

APPLICATION PROBLEMS REGULATED BY THE EU SUCCESSION REGULATION

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 11.12.2018 / Aceptado: 08.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4630>

Resumen: En este trabajo vamos a explicar los tres problemas de aplicación que se encuentran contemplados en el Reglamento sucesorio europeo. De los tres, el orden público, la remisión a ordenamientos plurilegislativos y el reenvío, este último es el que presenta una regulación más particular. En efecto, esta norma sucesoria se aparta de la línea general de excluir esta figura que siguen el resto de Reglamentos europeos de Derecho Internacional Privado. Además de lo anterior, el Reglamento no sólo admite el reenvío sino que, también, lo permite hasta de segundo grado.

Palabras clave: orden público, ordenamientos plurilegislativos, reenvío, Reglamento sucesorio europeo.

Abstract: In this paper we will explain the three application problems that are covered by the European Succession Regulation. Of the three, the public policy, the remission to States with more than one legal system and the renvoi, the latter is the one that presents a more particular regulation. In effect, the Regulation departs from the general line of excluding this figure, which is followed by the rest of the European Regulations on Private International Law. In addition, the Regulation not only allows it, but also allows it up to the second degree.

Keywords: public policy, states with more than one legal system, renvoi, the EU succession Regulation

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Problemas de aplicación: Orden público internacional. 1. Definición. 2. Caracteres. A. Carácter excepcional. B. Orden público del foro. a) Supuestos en los que no podría admitirse el orden público. b) Supuestos en los que podría admitirse el orden público. C. Orden público en el caso concreto. D. Orden público de proximidad. E. Carácter potestativo para los tribunales. F. Orden público parcial. 3. Solución al problema del orden público. 4. Orden público y legítimas. 5. Orden público y disposiciones mortis causa. A. Orden público español y testamentos mancomunados. B. Orden público español y pactos sucesorios. III. Problemas de aplicación: Remisión a ordenamientos plurilegislativos. 1. Ordenamientos plurilegislativos de base territorial (art. 36). A. Técnica de remisión indirecta (art. 36.1). B. Técnica de remisión directa (art. 36.2). 2. Validez formal de las disposiciones mortis causa (art. 36.3). 3. Ordenamientos plurilegislativos de base personal (art. 37). 4. Conflictos internos de leyes (art. 38). IV. Problemas de aplicación: Reenvío. 1. Definición. 2. Clases. 3. Regulación: Reglamento sucesorio europeo. A. Orígenes del artículo 34 del Reglamento sucesorio. B. Carácter obligatorio del reenvío. a) Argumentos a favor de que la unidad de ley suponga un límite al reenvío. b) Argumentos a favor de admitir el reenvío aunque ello conlleve el fraccionamiento de la sucesión. C. Excepciones en el Reglamento sucesorio europeo. D. Reenvío de retorno (art. 34.1.a). E. Reenvío de segundo grado (art. 34.1.b). F. Reenvío integral.

I. Consideraciones generales

1. La norma de conflicto es una técnica de reglamentación específicamente prevista para el Derecho Internacional Privado. La especificidad de este tipo de norma conlleva que los problemas que surgen con su aplicación sean, también, particulares.

En este trabajo vamos a estudiar los problemas de aplicación que regula el Reglamento sucesorio europeo, esto es, orden público (art. 35), remisión a sistemas plurilegislativos (arts. 36-38) y reenvío (art. 34).

2. Antes de entrar en el estudio de todos ellos, es importante explicar que la regulación de los problemas de aplicación, entendiéndolo por tal, tanto la definición de los mismos como su solución, se puede encontrar en dos tipos de textos normativos. Esto es, si el problema de aplicación está recogido en una norma de origen supranacional –Reglamento sucesorio europeo, en nuestro caso–, la regulación del mismo que debe tenerse en cuenta es la prevista en el propio texto supranacional. En cambio, si el problema de aplicación no ha sido contemplado por la norma de creación supranacional aplicable a la cuestión, serán las normas de producción interna del foro las que determinen si concurre el problema y cuál es la solución que ha de darse al mismo.

3. Trasladado lo anterior a nuestro caso particular de sucesiones, si el órgano competente en esta materia debe resolver un problema de orden público, de remisión de ordenamientos plurilegislativos o de reenvío, deberá aplicar el propio Reglamento sucesorio y, en lo no previsto por él, se puede plantear acudir a la normativa de producción interna del foro¹. Por otro lado, en relación con cualquier otro problema de aplicación no regulado por el Reglamento, la autoridad competente deberá acudir a la norma de producción interna del foro para resolverlo. En el caso español, si el órgano competente es un *tribunal* español, deberá aplicar el artículo 12 del Código Civil. En este precepto, el legislador nacional regula la calificación (art. 12.1). También se ocupa del reenvío (art. 12.2), del orden público (art. 12.3) y de la remisión a ordenamientos plurilegislativos (art. 12.4) pero, en estos supuestos, como ya hemos comentado, tendremos que estar a lo previsto en el Reglamento sucesorio.

II. Problemas de aplicación: Orden público internacional

1. Definición

4. El orden público internacional es un problema de aplicación de la norma de conflicto en la medida en que, si concurre, el Derecho al que remite la norma no podría ser aplicado al caso. Así es, alegando orden público internacional, la norma de conflicto no funciona, la ley que indica que debe ser aplicada al caso no puede aplicarse por vulnerar los principios fundamentales que sostienen el ordenamiento jurídico del foro.

El orden público internacional es “*a legal concept used to rule out a foreign legislation considered in violation of fundamental principles inherent to the forum*”².

También podrá alegarse orden público frente a la aplicación de la norma de conflicto extranjera cuando pudiera admitirse el reenvío³.

¹ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 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, DOUE L201, de 27 julio 2012

² A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 238.

³ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 337

El RES, en su artículo 35, regula esta posibilidad de que se alegue orden público del foro para no aplicar la ley a la que remite la norma de conflicto. El precepto se pronuncia en estos términos:

“Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro.”

Esta cláusula de orden público es idéntica a la existente en otras normas europeas como el Reglamento Roma I (art. 21) –obligaciones contractuales- o el Reglamento Roma II –obligaciones extracontractuales- (art. 26)⁴.

6. También, el Considerando 58 del Reglamento alude a este problema de aplicación. Según el mismo, *“En circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación.”*

7. Con la lectura de estos dos textos que hacen referencia al orden público en el Reglamento sucesorio, vamos a exponer las características que tiene este problema de aplicación en el marco de esta norma supranacional⁵.

2. Caracteres

A. Carácter excepcional

8. El orden público debe ser de aplicación excepcional⁶. Así lo indica el artículo 35 utilizando el adverbio *manifiestamente* para apreciar la incompatibilidad de la ley extranjera con el orden público del foro.

Por su lado, el Considerando 58 es más explícito al respecto y exige que el orden público se alegue en *circunstancias excepcionales* basadas en *consideraciones de interés general*.

9. Esta característica del orden público es consustancial al carácter imperativo de la norma de conflicto recogido en el artículo 12.6 CC. Así es, de nada serviría imponer la aplicación imperativa de la norma de conflicto si, pudiéndose alegar orden público de manera general, finalmente no se aplicara

⁴ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 575.

Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 julio 2008, pp. 6-16.

Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE L199, de 31 julio 2007, pp. 40-49

⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 260-261.

⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260; A. WYSOCKA, “La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones”, *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 934; A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 575.

STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rec.*, 2000, p. I-01935, ECLI:EU:C:2000:164, apartado 21; STJCE 11 mayo 2000, *Renault*, C-38/98, *Rec.*, 2000, p. I-02973, ECLI:EU:C:2000:225, apartado 26; STJCE 2 abril 2009, *Gambazzi*, C-394-07, *Rec.*, 2009, p. I-2563, ECLI:EU:C:2009:219, apartado 27

el Derecho al que remite. Dicho con otras palabras, conviviríamos con la contradicción si, por un lado, obligamos a los operadores jurídicos a que apliquen la norma de conflicto y, por otro, admitimos, de manera general, que esta norma no funcione.

10. También será excepcional debido a que sólo puede operar cuando el Derecho al que remite la norma de conflicto del foro sea un Derecho extranjero, y esta hipótesis no debería darse como regla general en el marco del Reglamento sucesorio⁷. En efecto, el principio de coincidencia *forum-ius* que preside el texto reglamentario implica que sea una excepción que el tribunal competente no aplique el Derecho del foro⁸.

B. Orden público del foro

11. El orden público que puede alegarse para impedir la aplicación de la ley extranjera designada por el Reglamento sucesorio es el orden público del foro, el orden público del Estado cuyos tribunales están conociendo de la sucesión.

12. El artículo 35 alude al orden público del foro, no menciona un orden público sucesorio europeo, por ejemplo. Tampoco sería adecuada esa alusión, por otra parte, ya que, no existe un Derecho europeo en materia de sucesiones. En efecto, podemos decir que sí existe un Derecho Internacional Privado en esta materia de sucesiones, recogido en el Reglamento sucesorio europeo y aplicable en todos los países de la Unión Europea, con excepción de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Sin embargo, el Derecho material de sucesiones es distinto en los diferentes Estados miembros, por lo tanto, no puede hablarse de un orden público sucesorio europeo al no existir principios comunes en esta materia en los países de la Unión Europea.

13. Lo anterior no obsta para poder hablar de un orden público europeo, aplicable a cualquier materia, sea la sucesoria o cualquier otra⁹. Y ese orden público europeo será, asimismo, orden público del foro, ya que, el Derecho europeo es Derecho del foro. Nos estamos refiriendo a los principios fundamentales que presiden la construcción europea y que se encuentran presentes en la legislación de la UE. Así, por ejemplo, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea indica que “*En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. Estos principios que inspiran la acción de la Unión, son principios que deben respetar, también,

⁷ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 582.

El autor mencionado plantea el escenario en que opera la cláusula de los vínculos más estrechos del artículo 21.2 para determinar el Derecho aplicable. En este caso, parece poco probable que pueda alegarse orden público frente a la ley del Estado que presenta los vínculos más estrechos con el difunto. En esa situación, el juez debería descartar la cláusula de escape y aplicar la ley de la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento (A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 582).

⁸ *Vid.*, en relación con el reenvío, P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 706; A. DAVI/A. ZANOBBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, n° 2, 2013, p. 86

⁹ En este sentido, algún autor establece que existen dos tipos de orden público en materia sucesoria: el orden público europeo y el orden público nacional (A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 239). El primero está formado por los principios de la construcción europea, recogidos en los Tratados, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el segundo por las legítimas (A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, pp. 239-242). En relación con ese orden público europeo aludido, *vid.*, A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 576.

Convención Europea de Derechos Humanos, BOE núm. 243, de 10 octubre 1979, pp. 23564-23470.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C364, de 18 diciembre 2000, pp. 1-22.

todos los Estados miembros, porque la UE son todos ellos y el Derecho de la UE es Derecho que forma parte del ordenamiento jurídico de todos los países miembros.

14. No obstante, por si cupiera alguna duda al respecto, el legislador del Reglamento sucesorio, en el Considerando 58, alude expresamente al Derecho europeo al disponer que no se puede aplicar el orden público del foro cuando esta actuación sea contraria a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular, cuando atente contra el artículo 21 de este texto, precepto que prohíbe todo tipo de discriminación¹⁰.

15. El orden público de foro debe ser definido por los Estados miembros, sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el competente para poner los límites dentro de los cuales pueden actuar los países en este sentido¹¹. Así, por ejemplo, en la STJCE del caso *Krombach*, el órgano judicial señaló que “*si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante*” (apartado 23)¹².

a) Supuestos en los que no podría admitirse el orden público

16. No podría alegarse orden público del foro, por ejemplo, para no aplicar una ley extranjera que prevea derechos sucesorios para el cónyuge superviviente cuando el matrimonio es de personas del mismo sexo¹³; incluso en ordenamiento donde no estén reguladas estas parejas¹⁴. Por la misma razón, tampoco se podría alegar orden público para no reconocer derechos sucesorios en relación con matrimonios poligámicos¹⁵.

17. Tampoco podría admitirse que no se aplique una ley extranjera porque reconoce derechos sucesorios a un hijo adoptivo de una pareja del mismo sexo¹⁶.

18. Por último, si el causante deja mayor parte de la legítima a su hijo que a su hija, se debe considerar que es fruto de la voluntad del difunto y que no se puede alegar orden público frente a esa disposición libre del *de cuius*. Y, si se consigue el mismo resultado descrito por aplicación de una ley extranjera que, en abstracto, sería discriminatoria, no se podría alegar orden público en el caso concreto en cuestión. Así, por ejemplo, en España las legítimas suponen dos tercios de la herencia. Si el causante quiere que su hijo tenga el doble de las legítimas que su hija y, para ello, realiza un testamento conforme

¹⁰ Artículo 21: 1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.*”

¹¹ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 577.

¹² STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rec.*, 2000, p. I-01935, ECLI:EU:C:2000:164.

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260.

Vid., en relación con la discriminación de parejas del mismo sexo, la sentencia de la Corte di Cassazione de 15 de marzo de 2012, n° 4184. En esta sentencia, el tribunal italiano afirma que las parejas homosexuales deben tener el mismo tratamiento que las parejas casadas (G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 513).

¹⁴ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 600.

¹⁵ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 601.

¹⁶ A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *CDT*, vol. 5, n° 2, pp. 107-108; G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 514.

al Derecho marroquí, aunque esta ley marroquí es discriminatoria en abstracto, en el caso concreto supone conseguir el mismo resultado válido que el obtenido aplicando el Derecho español del foro, y, por lo tanto, no podría alegarse orden público frente a la ley extranjera¹⁷.

b) Supuestos en los que podría admitirse el orden público

19. En sentido contrario, debería alegarse orden público frente a un Derecho extranjero que trata de forma discriminatoria a los hijos ilegítimos frente a los legítimos, por vulneración del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸.

20. También, debería rechazarse la aplicación de una ley extranjera que es discriminatoria por razón de género, tal como ocurre, por ejemplo, con la ley marroquí que dispone que “*en caso de que varias personas sean instituidas como herederas por tanzil, de sexo masculino o femenino, y el testador exprese claramente «asignarles lo que hubiese heredado su padre si estuviera vivo» o «ponerlos en su lugar», la división se efectuará entre los beneficiarios de modo que el hombre reciba una parte doble de la que recibe la mujer*” (art. 319 del Código de Familia -Mudawwana 2004-)¹⁹.

21. Otro ejemplo de ley extranjera que atenta contra el orden público europeo es aquella que considera válido un testamento en el que se condiciona la posibilidad de heredar al hecho de que la mujer y los hijos del heredero se hayan convertido al judaísmo (Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 21 noviembre 2012).

22. Por su parte, el artículo 19 de la loi francesa de 14 de julio de 1819 fue declarada inconstitucional por ser discriminatoria por razón de nacionalidad y beneficiar a los herederos franceses frente a los extranjeros (Decisión nº 2011-159 QPC del Conseil Constitutionnel)²⁰.

23. También se puede alegar orden público frente a leyes extranjeras que exijan que los bienes de los difuntos pasen a ser propiedad del Estado o que no prevean la libertad de testamento, esto es, que no contemplen la posibilidad de que el causante disponga de sus bienes, aunque sea con limitaciones²¹.

Del mismo modo, debería intervenir el orden público frente a leyes extranjeras que prevean causas de desheredación que atenten contra la libertad individual del heredero de manera inadmisibles²².

¹⁷ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 588-589.

¹⁸ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (II)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1985, de 15 de marzo de 2005, pp. 1132-1135.

Vid., en este sentido, STEDH 13 junio 1979, *Marckx c. Bélgica*, (<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-13-juin-1979-marckx-c-belgique-affaire-numero-683374/>); STEDH 28 octubre 1987, *Inze c. Austria* (TEDH 1987\28); STEDH 1 febrero 2000, *Mazurek c. Francia* (TEDH 2000\45); STEDH 13 julio 2004, *Pla y Puncernau c. Andorra* (TEDH 2004\49); STEDH 22 diciembre 2004, *Merger y Cros c. Francia* (JUR 2005\43400); STEDH 28 mayo 2009, *Brauer c. Alemania* (TEDH 2009\60); STEDH 28 junio 2013, *Fabris c. Francia* (JUR 2013\215943); STEDH 24 julio 2003, *Karner c. Austria* (TEDH 2003\50).

El artículo 14 del CEDH establece que “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

¹⁹ https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_2030_nueva_mudawwana_marroqui.pdf.

Vid., en este sentido de considerar atentatoria contra el orden público una ley extranjera discriminatoria por razón de sexo, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (II)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1985, de 15 de marzo de 2005, pp. 1135-1142; G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 516.

²⁰ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 579.

²¹ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 599.

²² A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 600.

C. Orden público en el caso concreto

24. El Considerando 58 exige que el orden público deba apreciarse en el caso concreto, no en general²³. Esto es, no es relevante que el tenor literal de la ley extranjera a la que remite el Reglamento sucesorio atente contra el orden público del foro, lo importante es que la aplicación de esa ley extranjera en el caso concreto suponga ese atentado a los principios fundamentales del ordenamiento del foro.

D. Orden público de proximidad

25. Para que el orden público opere es necesario que el supuesto de hecho se encuentre estrechamente vinculado con el Estado de foro. Sólo de esta manera, esto es, si el caso en cuestión forma parte de la organización jurídica de la sociedad, la aplicación de la ley extranjera podría vulnerar los principios fundamentales del foro²⁴. Así, al menos, es interpretado este problema de aplicación en España, en Alemania y en Suiza²⁵.

Cuanto más vinculada se encuentra la situación con el Estado del foro, más puede operar el orden público por vulneración de los principios fundamentales de ese Estado²⁶. La sucesión se encontrará relacionada con el foro por vínculos personales del difunto -residencia habitual, nacionalidad, etc.- o por vínculos relativos a los bienes -lugar de situación-²⁷.

E. Carácter potestativo para los tribunales

26. La aplicación del orden público es potestativa para los tribunales y demás autoridades competentes. En efecto, el Considerando 58 indica que estos órganos competentes *deben tener la posibilidad* de alegar orden público para descartar la aplicación de una ley extranjera. Lo cual, también, redundaría en el carácter excepcional de este mecanismo.

F. Orden público parcial

27. Por último, es posible alegar orden público parcial. Tal como recoge el Considerando 58, lo que puede impedir aplicar una ley extranjera en este caso, no es que la legislación foránea sea contraria al orden público del foro, es suficiente con que lo sea alguna disposición de la misma. Por lo tanto, sería posible descartar la aplicación de esas disposiciones contrarias al orden público y seguir aplicando el resto de la legislación extranjera a la que ha remitido el Reglamento sucesorio²⁸.

3. Solución al problema del orden público

28. El orden público plantea el problema de que la ley extranjera a la que conduce la norma de conflicto no puede ser aplicada en el caso concreto. Sin embargo, el Reglamento sucesorio no indica

²³ A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 577-578.

²⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260.

Sin embargo, algunos autores consideran que cuando se vulnera el principio de igualdad por razón de religión debería alegarse orden público siempre, aunque el único vínculo del caso con el foro sea el elemento que se ha utilizado para determinar la competencia de ese tribunal (A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 585)

²⁵ *Vid.*, en relación con España, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 260. *Vid.*, en relación con Alemania y Suiza, A. WYSOCKA, "La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones", *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 932.

²⁶ A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 578

²⁷ A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 578-579.

²⁸ A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 579.

cómo solucionar la situación creada. Esto es, si el Derecho extranjero no puede ser aplicado, cabría preguntarse qué ley debe utilizar el tribunal competente para resolver el caso planteado ante él.

29. Como el texto europeo de sucesiones no dispone nada al efecto, y ante la falta de jurisprudencia del TJUE en este caso, habría que acudir a la solución recogida en la norma de producción interna del foro²⁹. Si el foro es España, habría que tener en cuenta el artículo 12.3 CC. Sin embargo, este precepto del Código Civil, que regula el orden público, tampoco recoge una solución a este problema de aplicación. En este escenario, el tribunal competente deberá tener en cuenta varias opciones al respecto³⁰.

Por un lado, debería solucionarse el problema sin salir del Reglamento. En este caso, se podría aplicar el siguiente punto de conexión que recoge la norma. De esta manera, si la ley rectora de la sucesión es la de la nacionalidad del causante, por haber sido elegida por él, y este Derecho atenta contra el orden público del foro, el juez competente deberá aplicar el siguiente punto de conexión, esto es, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento.

Otra opción, respetuosa con el Reglamento, es solucionar el problema desde el Derecho extranjero al que ha remitido la norma de conflicto, aplicando por analogía otras de sus disposiciones³¹. Así, por ejemplo, si el ordenamiento extranjero es discriminatorio porque la mujer tiene derecho a menos herencia que el hombre, se podría resolver la laguna que supone la activación del orden público, considerando que aquella tiene el mismo derecho que este³².

Por otro lado, ante el silencio del Reglamento habrá que estar a lo dispuesto en el Derecho del foro para resolver esta situación. Con esta segunda opción, la solución al problema será, normalmente, la aplicación de la *Lex fori*. Esta respuesta al problema de determinación del Derecho finalmente aplicable cuando concurre el orden público es la preferible³³.

4. Orden público y legítimas

30. El orden público en materia sucesoria tiene especial relevancia en relación con las legítimas. Como ya se ha comentado anteriormente, en la Unión Europea en particular, y en todos los ordenamientos del mundo en general, la regulación material de las sucesiones es diferente. No obstante lo anterior, podríamos hablar de dos grandes formas de legislar en este tema. Existen sistemas jurídicos en los que hay libertad absoluta de testar. Se trata, principalmente, de los ordenamientos del *Common Law*, en los que el causante puede disponer de sus bienes como crea oportuno, sin encontrarse obligado a dejarlos a determinados herederos. Por otro lado, en los sistemas del *Civil Law*, normalmente, el testador no tiene plena libertad a la hora de repartir sus bienes. En estos ordenamientos existen las legítimas como parte de la herencia que necesariamente corresponden a determinados familiares³⁴.

²⁹ G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 518.

³⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 355

³¹ A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 580.

³² A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 580.

³³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 262.

³⁴ Algunos autores consideran que estas diferencias son más teóricas que reales puesto que, habitualmente, los herederos en los ordenamientos en los que existe libertad de testar son los legitimarios en los ordenamientos en los que hay legítimas, por lo tanto, no suelen plantearse problemas en relación con la protección que brindan estas últimas (J.W. MCKNIGHT, "Spanish legitimum in the United States - Its survival and decline", *American Journal of Comparative Law*, n° 44, 1996, p. 75).

Vid., en relación con la diferencia en materia de sucesiones entre los países de *Civil Law* y los de *Common Law*, A. YBARRA BORES, "La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012", *CDT*, vol. 10, n° 1, 2018, pp. 466-488; A. YBARRA BORES, "La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *CDT*, vol. 7, n° 1, 2015, pp. 226-254; J.M. FONTANELLAS MORELL, "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", *CDT*, vol. 10, n° 2, 2018, pp. 376-408

31. Aunque seguramente sea por todos sabido, conviene recordar que la “*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*” (art. 806 CC).

El TS afirma que “*La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante*”³⁵ (STS de 13 octubre 2005, FD Primero).

32. Conociendo el principio inspirador de cada uno de estos dos sistemas, la pregunta surge espontánea. Si, en virtud del Reglamento sucesorio, la ley aplicable es la de un ordenamiento anglosajón y el tribunal competente pertenece a un Estado del Civil Law, cabría preguntarse si prosperará la alegación del orden público para impedir la aplicación de la ley extranjera que no prevé legítimas³⁶.

33. El orden público en materia estrictamente sucesoria puede ser diferente según sea el Estado donde se encuentre el tribunal competente. Como ya se ha explicado, los principios fundamentales existentes específicamente en materia sucesoria en cada Estado pueden no ser coincidentes. Por esta razón, hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto, la definición de orden público en este ámbito debe ser realizada por los tribunales nacionales competentes de cada Estado. Y, ocurre que las legítimas no son consideradas orden público en España, en Suiza, en Italia o en Francia y sí lo son en Alemania, Luxemburgo o Bélgica, por ejemplo³⁷.

³⁵ STS núm. 765/2005, de 13 octubre 2005 (RJ2005\7233)

³⁶ La Propuesta de Reglamento de sucesiones sí contemplaba las legítimas como orden público (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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14 octubre 2009, COM(2009) 154 final). El artículo 27.2 de este texto establecía que “*En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento solo 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*”.

³⁷ En relación con España, Suiza o Italia, *vid.*, A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 590-591.

En relación con Alemania y Luxemburgo, *vid.*, A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 240. En relación con Alemania, *vid.*, A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, n° 4, 2010, p. 610; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 265.

En relación con Bélgica, Alemania y Francia, *vid.*, A. WYSOCKA, “La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones”, *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 935.

En Alemania, en el año 2005, la Corte Constituyente ha afirmado que las legítimas de los hijos se encuentran protegidas en la Constitución alemana, por lo que, la doctrina entiende que deben considerarse de orden público (A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, n° 4, 2010, p. 610; A. BONOMI, “Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l’empire du futur règlement européen?”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, p. 272; A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 590-591).

En Bélgica, el art. 72 del Código de Derecho Internacional Privado belga indica que la autonomía de la voluntad en materia sucesoria encuentra el límite de la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley que habría sido aplicable en defecto de elección. Y, dentro de esas disposiciones imperativas se encuentran las legítimas. Dicho de otro modo, la autonomía de la voluntad sólo tiene efectos en la parte de la herencia disponible para el causante (P. WAUTELET, “Le nouveau régime des successions internationales”, *Revue general de droit civil belge*, t. 7, 2005, p. 380-381).

En Francia, el Tribunal de Instance de París consideró que las legítimas eran de orden público, en sentencia de 3 de diciembre de 1973 (*vid.*, comentario en *RCDIP* 1974, pp. 653-657, esp. 656) (*vid.*, en este sentido, S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d’ordre public en droit international privé suisse. Personnes-Famille-Successions*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 587). Sin embargo, en sentencia de 13 de julio de 2013 ha dicho lo contrario (A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 592).

En Italia, en cambio, la Corte de Casación ha afirmado que las legítimas no se encuentran reguladas en la Constitución y que, por lo tanto, el legislador italiano puede modificarlas e, incluso, suprimirlas. Esto supone que las legítimas no forman parte del orden público italiano (Cass. Civ., II sez., 24 junio 1996, n. 5832, *La nuova giurisprudenza civile comentata*, parte prima, 1997, pp. 165-167, Comentario de E. CALÒ en pp. 167-173).

34. Como acabamos de comentar, en España, el Tribunal Supremo ha establecido que las legítimas no son orden público a estos efectos³⁸. En su sentencia, el Tribunal expresamente afirma que “*La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno*”. Es lógico, sabiendo que algunos ordenamientos forales españoles no prevén legítimas³⁹. Ordenamientos como el aragonés o el de Vizcaya⁴⁰.

En otras decisiones del Tribunal Supremo se realiza la misma afirmación pero de forma tácita, admitiendo la aplicación en España de leyes que, bien no prevén las legítimas -ley inglesa, por ejemplo-, o bien las prevén pero en cuantía diferente -ley italiana, en otro caso-⁴¹.

Las instancias judiciales inferiores también se han pronunciado en este sentido de considerar que las legítimas no forman parte del orden público español⁴². Así, la SAP de Málaga de 13 de marzo de 2002 o la SAP de Granada de 19 julio 2004.

35. La doctrina más autorizada considera que el TJUE, cuando se pronuncie al respecto, teniendo en cuenta la *orientación liberal* del Reglamento sucesorio, establecerá un límite europeo al orden público nacional descartando las legítimas como parte del mismo⁴³. Ya el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, en respuesta a una pregunta relacionada con el Libro Verde de la Comisión Europea en materia de sucesiones y testamentos, afirmó que “*The reserved portion is governed by the law applicable to succession and should not be subject to international public policy or overriding mandatory rules*”⁴⁴.

Otros argumentos que aporta la doctrina para descartar la idea de que las legítimas sean de orden público son que, por un lado, uno de los principios inspiradores del Reglamento sucesorio es la unidad de ley, la cual se vería truncada si se admitiera aplicar la ley del foro a las legítimas⁴⁵. Por otro lado, sabiendo

³⁸ STS núm. 887/1996, de 15 noviembre, RJ/1996\8212, FD Octavo. El TS no se ha manifestado siempre igual en relación con la legítima. Así, en la STS de 23 octubre 1992 consideró lo contrario, esto es, que la legítima sí formaba parte del orden público español y que corresponde a los tribunales españoles determinarlo (STS 23 octubre 1992, RJ 1992\8280, FD Cuarto).

Vid., en este sentido de no poder alegar orden público para proteger las legítimas, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 882.

³⁹ A. BONOMI, “Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l’empire du futur règlement européen?”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, p. 272

⁴⁰ SAP de Alicante, de 27 febrero 2004 (JUR 2004\83985)

⁴¹ STS núm. 436/1999, de 21 mayo (RJ 1999\4580), en relación con el Derecho inglés; STS núm. 765/2005, de 13 octubre (RJ 2005\7233), en relación con el Derecho italiano

El Código civil italiano regula las legítimas en los artículos 536-552 (http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/cod-civ/Lib2.htm)

⁴² SAP de Málaga, de 13 de marzo de 2002 (AC 2002\1287); SAP de Granada, de 19 julio 2004 (AC 2004\1527).

⁴³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 265. *Vid.*, también, P. LAGARDE, “Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions” en *Pacis Artes (Libro homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Eurolex, Madrid, 2005, p. 1708; A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 592-594. En relación al carácter liberal del Reglamento y a su apuesta por dar preferencia a la libertad de testar frente a las legítimas, *vid.*, A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, n° 4, 2010, p. 606.

Para los notarios, en cambio, sí es importante entender que las legítimas sean orden público del foro (G. CONTALDI/C. GRIECO, “Public Policy”, en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 508). Así lo defendieron en Francia con argumentaciones que la doctrina cree que enmascaran la verdadera razón de esa pretensión, cual es, su monopolio como garantes del cumplimiento de la ley, en este caso, del respeto a las legítimas (A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, pp. 241-242).

⁴⁴ T.M. DE BOER, “Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community”, en A. MALATESTA/S. BARIATTI/F. POCAR (eds.), *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, CEDAM, Padova, p. 12 (pp. 295-330).

Resumen de las respuestas del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado en: Audition Publique “Sucessions et testaments”, Bruxelles 30 novembre 2006 (http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_contributions_successions_fr.pdf)

⁴⁵ A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 241; A. WYSOCKA, “La cláusula de orden público en el Reglamento EU sobre sucesiones”, *AEDIP*, t. XI, 2011, p. 934.

que no hay armonización en el Derecho material de sucesiones y que el Reglamento busca esa armonización en conflicto de leyes, si se admitiera la aplicación de la ley del foro para alegar las legítimas se estaría desvirtuando esa uniformidad en la norma de conflicto⁴⁶. También, el hecho de que las conexiones utilizadas por el Reglamento sean la residencia habitual o la nacionalidad implica que el legislador no considera la protección de las legítimas, ya que, el causante podría cambiar de residencia habitual o elegir la ley de su nacionalidad para evitar respetarlas⁴⁷ -siempre que esto no constituya fraude de ley-. Otro argumento en este sentido sería que en la Propuesta de Reglamento sí se aludía a las legítimas para impedir la aplicación de la ley extranjera y, en cambio, en el texto definitivo de la norma ha desaparecido esta alusión⁴⁸.

36. Al margen de lo anterior, no podría alegarse orden público frente a leyes extranjeras que prevean legítimas en cuantía inferior a la ley del foro o que se basen en métodos de cálculo de la legítima diferentes o que determinen que las personas legitimarias son distintas de las previstas en la ley del foro⁴⁹. En este último caso, no obstante, algunos autores, como veremos a continuación, recogen que la mayoría de las legislaciones contemplan las legítimas para proteger a dos parientes muy especiales, los hijos menores de edad y el cónyuge superviviente. En relación a ellos, si no pudieran recibir protección por otras vías, deberían recibirla por esta⁵⁰.

37. Por todo lo anterior, el orden público del foro no debe intervenir, a priori, contra leyes extranjeras que no reconocen las legítimas. Sin embargo, al aplicarlo en el caso concreto, podría alegarse para no dejar sin herencia a determinados familiares que se encuentran en una situación de debilidad económica⁵¹. Ejemplo de esto último sería dejar sin recursos a hijos de corta edad o en etapa de estudios⁵². En este caso, no obstante, no estaríamos hablando de protección de las legítimas como razón a alegar para que estas personas no se vean desheredadas⁵³.

5. Orden público y disposiciones mortis causa

38. El artículo 3.1.d) del Reglamento sucesorio define las disposiciones mortis causa como los testamentos, los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios. Pues bien, en nuestro Código Civil español, los testamentos mancomunados están prohibidos y los pactos sucesorios también.

⁴⁶ A. DEVAUX, "The European Regulations on Succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not?", *The International Lawyer*, Fall 2013, vol. 47, n° 2, p. 241.

⁴⁷ G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 509-510.

⁴⁸ G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 510-511.

⁴⁹ G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 511; A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 595-596.

⁵⁰ G. CONTALDI/C. GRIECO, "Public Policy", en en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 512; A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 597.

⁵¹ P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 710. *Vid.*, también, en este sentido, A. BONOMI, "Il Regolamento europeo sulle successioni", *RDIPP*, n° 2, 2013, p. 310; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes-Famille-Successions*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 589; A. BONOMI, "Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, p. 272; F.M. WILKE, "Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, núm. 9, p. 607.

Algunos autores consideran que se debería alegar orden público en esta situación de familiares próximos en situación de necesidad pero sólo si la sucesión presenta vínculos estrechos con el país del foro. En este sentido, la simple existencia de bienes en el Estado del tribunal competente no es suficiente para afirmar esa relación estrecha con el foro (A. BONOMI, "Article 35", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 599).

⁵² P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, n° 4, 2012, p. 710.

⁵³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 265.

En este contexto, podríamos preguntarnos si se podría alegar orden público del foro para no aplicar en España una ley extranjera que regule un testamento mancomunado o un pacto sucesorio.

39. Volvemos al principio del apartado para aludir de nuevo al Reglamento sucesorio y poner énfasis en el hecho de que el texto europeo contempla los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios, por lo tanto, ya sólo con este dato no se debería poder alegar orden público en estos casos⁵⁴.

Efectivamente, en ningún Estado parte del Reglamento se podrá alegar orden público frente a un pacto sucesorio, por ejemplo, ya que, aunque no lo contemple en su Derecho, o, incluso, lo prohíba, al formar parte el Reglamento de ese ordenamiento jurídico y tratarse de una norma jerárquicamente superior a las normas de producción interna, el legislador está aceptando que puedan tener efectos los pactos sucesorios en su ordenamiento⁵⁵.

A. Orden público español y testamentos mancomunados

40. En relación a los testamentos mancomunados, el artículo 669 del CC prohíbe la posibilidad de “*testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*”.

Sin embargo, en algunos ordenamientos forales españoles, como el navarro, el aragonés, el gallego o el del País Vasco sí se contempla esta posibilidad de realizar un testamento mancomunado⁵⁶; razón por la cual la doctrina entiende que no puede alegarse orden público para impedir la aplicación de una ley extranjera que considera válido un testamento mancomunado⁵⁷.

41. Esta situación ha llevado al Tribunal Supremo español a no alegar orden público internacional frente al Derecho alemán por regular éste la irrevocabilidad de un testamento mancomunado.

Así lo recoge la sentencia del TS, de 8 de octubre de 2010, al resolver un recurso de casación interpuesto por la tercera esposa del causante frente a los herederos de éste –sus nietos-, herederos determinados a través de un testamento mancomunado realizado por el causante y por su segunda esposa⁵⁸. En esta sentencia, la recurrente solicita la nulidad del testamento mancomunado debido al otorgamiento de un segundo testamento, posterior, realizado por el causante en el cual la declara heredera universal de sus bienes y revoca todos los actos de última voluntad anteriores. En el testamento mancomunado se instituyeron herederos universales recíprocos, el causante y la segunda esposa, y dispusieron que, a la muerte del supérstite, el heredero sería el hijo del primer causante. Este testamento no podía modificarse salvo para sustituir como heredero del cónyuge supérstite al hijo del causante por los descendientes de éste –nietos del causante-. Modificación que, efectivamente, el causante realizó a la muerte de la segunda esposa. La recurrente alega, para dar validez al segundo testamento del causante, el orden público internacional español frente a la irrevocabilidad del testamento mancomunado en Derecho alemán, puesto que, según el Derecho español, artículos 737 y 739 del Código Civil, los testamentos son *esencialmente revocables*. El TS afirmó en esta sentencia que la irrevocabilidad de los testamentos no es una cuestión de orden público, ya que, entre otras razones, en el ordenamiento español, en los Derechos forales que regulan el testamento mancomunado, se contempla esta posibilidad de que este documento no pueda ser

⁵⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 266.

⁵⁵ A. BONOMI, “Article 25” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 431

⁵⁶ E. ZABALO ESCUDERO, ‘El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés’, *Revista General de Derecho* 541-542 (1989), pp. 6353; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 863.

⁵⁷ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 865. En las páginas 860-865 los autores mencionados repasan la jurisprudencia francesa, la griega y la española en relación con este tema.

⁵⁸ STS núm. 602/2010, de 8 de octubre (RJ2010\8009), FD. Tercero

revocado, por lo que no podría alegarse orden público para no aplicar un Derecho extranjero que dice lo mismo que un Derecho foral español⁵⁹.

42. Lo dicho en relación con el ordenamiento español debe ser extrapolado al resto de Estados parte del Reglamento, precisamente por la razón de que el propio texto reglamentario regula este tipo de testamentos⁶⁰.

B. Orden público español y pactos sucesorios

43. En el ordenamiento español los pactos sucesorios son una institución que se encuentra prohibida. Los artículos 658 y 1271 CC recogen esta prohibición.

Así, por ejemplo, el artículo 1271 establece que “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun la futuras. Sobre la herencia futura no se podrán, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. (...)*”.

44. No obstante lo anterior, en el Código Civil español existen algunas referencias a este tipo de disposición mortis causa. Así, el artículo 826 alude a la promesa de mejorar o no mejorar, hecha en capitulaciones matrimoniales, en escritura pública, promesa que no puede ser revocada por el testador. Por su parte, el artículo 827 hace referencia a que la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales o mediante un contrato oneroso celebrado con un tercero, será irrevocable. Por último, el artículo 1341 recoge la posibilidad de que los futuros esposos, en capitulaciones matrimoniales, se donen bienes futuros para el caso de muerte, respetando las disposiciones del Código Civil referentes a la sucesión testada.

Por otro lado, en los ordenamientos forales de Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia, País Vasco y Navarra, sí están regulados estos contratos sucesorios.

45. Por todo ello, no podría alegarse orden público internacional frente a una ley extranjera que regula los pactos sucesorios cuando en el ordenamiento español convivimos con ellos.

Son tres los argumentos que aporta la doctrina, en el marco del artículo 9.8 CC, para negar la alegación del orden público frente a una ley extranjera que admite los pactos sucesorios⁶¹. En primer lugar, las excepciones a la prohibición de este tipo de sucesión en nuestro ordenamiento común. En segundo lugar, la existencia, ya comentada, de ordenamientos forales en los que está regulada esta sucesión. Por último, los términos tan amplios en los que se expresa el artículo 9.8 CC –“sucesión por causa de muerte”-.

46. Lo dicho en relación con el ordenamiento español es válido para el resto de Estados parte del Reglamento, entre otras razones, por el hecho de que el propio Reglamento regula los pactos sucesorios⁶².

III. Problemas de aplicación: Remisión a ordenamientos plurilegislativos

47. La remisión a ordenamientos plurilegislativos acontece cuando la ley aplicable en virtud de la norma de conflicto del foro es el ordenamiento jurídico de un Estado plurilegislativo.

Los ordenamientos plurilegislativos son aquellos en los que conviven diferentes unidades con Derecho propio. La existencia de varios ordenamientos dentro del mismo Estado puede deberse a razo-

⁵⁹ *Vid.*, también, la SAP de Alicante, de 17 de enero de 2013, en la que también se resuelve un recurso motivado por la validez de un testamento mancomunado alemán (SAP núm. 20/2013, de 17 de enero (JUR/2013/116346).

⁶⁰ A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 602.

⁶¹ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO/H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I)”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984, de 1 de marzo de 2005, p. 872. En las páginas 868-871 los autores mencionados repasan la jurisprudencia francesa, de Mónaco, italiana y española en este tema.

⁶² A. BONOMI, “Article 35”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 601-602.

nes territoriales o a razones de tipo personal. En el último caso, cuando se trate de ordenamientos de base personal, la religión, etnia o cualquier otra circunstancia personal son los criterios que van a determinar la división del Estado⁶³.

Ejemplos de ordenamientos plurilegislativos de base territorial son Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Australia o España. Ordenamientos plurilegislativos de base personal son Arabia Saudí, Irak, Líbano, Siria, Marruecos, Egipto o India, que tienen diferentes leyes en función a la religión de los ciudadanos⁶⁴.

48. El Reglamento sucesorio regula este problema de aplicación en los artículos 36 y 37, distinguiendo entre ordenamientos de base territorial, recogidos en el primero de los preceptos mencionados, y ordenamientos de base personal en el segundo. En ambos, se utiliza el sistema subsidiario para determinar el ordenamiento finalmente aplicable⁶⁵.

Con el sistema subsidiario, el legislador opta por la técnica de remisión indirecta en primer lugar y, después, en defecto de lo anterior, por la remisión directa⁶⁶.

1. Ordenamientos plurilegislativos de base territorial (art. 36)

49. Según el artículo 36:

“1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.

2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes:

a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;

⁶³ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 605

⁶⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed, Comares, Granada, 2018, p. 247; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, 2016, p. 605

⁶⁵ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 9.

⁶⁶ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 9. Este autor realiza cuatro críticas a este método que ha elegido el legislador europeo para incorporar al Reglamento sucesorio (P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, pp. 15-22). Estas cuatro críticas son las siguientes: 1) incoherencia sistemática. En efecto, en la Unión Europea, por un lado, los Reglamentos en materia patrimonial -Roma I y Roma II- utilizan el método directo de determinación del ordenamiento aplicable mientras que los textos en materia de familia, por otro, emplean esta técnica subsidiaria -Reglamento de alimentos y Reglamento sucesorio-; 2) incoherencia estructural, porque el artículo 38 del Reglamento es totalmente innecesario adoptando un sistema subsidiario. Así es, la posibilidad de aplicar los artículos 36 y 37 a los conflictos de leyes internos que prescribe el artículo 38 sólo tendría sentido en el marco de un sistema de remisión directa; 3) la aplicación del Reglamento a extranjeros que fallecen en España. Los extranjeros no tienen vecindad civil española y éste es el criterio que utilizan las normas internas de conflicto de leyes en España para determinar la legislación aplicable en el caso de que la conexión sea la nacionalidad -conexión empleada por el artículo 9.8 CC-; 4) problemas de validez formal de las disposiciones mortis causa. El artículo 27 del Reglamento ofrece varias leyes conforme a las que pueden ser válidas las disposiciones por causa de muerte. Sin embargo, el artículo 75.1 del RES indica que si el Estado del foro es parte del Convenio de La Haya de 1961, esta será la norma que deberá seguirse al respecto (Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de validez de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988). Realmente, el artículo 27 del RES y el Convenio de La Haya recogen las mismas conexiones para dar validez a las disposiciones mortis causa, sin embargo, en el caso de ordenamientos plurilegislativos, mientras que el Convenio utiliza la expresión “ley del lugar” para conexiones territoriales, el Reglamento sucesorio habla de la “ley”. Por ello, en el primer caso, la determinación que realiza el texto convencional es directa y, en el segundo, tendremos que acudir al método subsidiario recogido en los artículos 36 y 37 para determinar el ordenamiento aplicable al caso, lo cual dificulta la validez de las disposiciones mortis causa en muchas ocasiones.

b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha;

c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha.”

50. Como vemos, el legislador europeo del Reglamento sucesorio opta por la técnica de remisión indirecta para resolver el problema de ordenamientos plurilegislativos. Así es, en primer lugar, remite a la norma interna de conflicto de leyes del Estado del foro. No obstante lo anterior, en el caso en el que no exista regulación de producción interna en el ordenamiento del foro, el Reglamento recurre a la técnica de remisión directa y, directamente, indica cómo determinar el ordenamiento que debería ser aplicado al caso en cuestión.

Hay que tener en cuenta, al respecto, que el hecho de que el Derecho extranjero sea el correspondiente a un ordenamiento plurilegislativo no impide que pueda actuar el mecanismo del reenvío que puede realizar la norma de conflicto de la unidad territorial aplicable en el supuesto⁶⁷.

51 Algunos autores consideran que cuando el Reglamento alude a *las normas internas de conflicto de leyes* en el artículo 36.1, no sólo hace referencia a los supuestos en los que exista una sola norma interna de conflicto de leyes sino, también, a aquellos otros en los que haya varias, una por cada unidad territorial⁶⁸. Argumentan para ello que, sólo entendido así el artículo 36.1 del Reglamento, se conseguiría respetar efectivamente la voluntad del legislador nacional y se resolverían de la misma forma los conflictos internos y los conflictos internacionales. En este sentido, si en el ordenamiento plurilegislativo hay varias normas internas de conflicto de leyes, la que habría que elegir a estos efectos sería la de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento –la de la residencia habitual del causante, por ejemplo⁶⁹.

Esta interpretación del artículo 36.1 no es coherente con la existencia de la regla subsidiaria de determinación directa que recoge el propio precepto en el apartado segundo. Además, la elección de la unidad territorial a la que remita la norma de conflicto del Reglamento para aplicar su norma interna de conflicto de leyes no sería operativa en el caso de que la conexión empleada por el Reglamento no fuera territorial. Así es, cuando la conexión de la norma de conflicto del texto europeo es la nacionalidad, no po-

⁶⁷ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 523; A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 607 y pp. 609-610; A. DAVI, “Le renvoi en droit international privé contemporain”, *Hague Recueil*, vol. 532, 2010, pp. 388-389.

⁶⁸ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608.

⁶⁹ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 609. Estos mismos autores, con esta interpretación del artículo 36.1, afirman que no tiene mucho sentido que se utilice este precepto cuando la norma de conflicto aplicable del Reglamento sea la cláusula de excepción del artículo 21.1. En efecto, en estos casos, la necesaria estrecha vinculación que debe tener el Estado en cuestión con la sucesión, por la aplicación de esta cláusula, se podría ver truncada si entrara en juego el precepto 36.1 para determinar el concreto ordenamiento jurídico aplicable al caso. No obstante lo cual, del mismo modo que sí se ha excluido la aceptación del reenvío en el caso de esta cláusula de excepción, no se ha hecho lo propio en relación con el artículo 36.1, por tanto, habría que aplicarlo cuando el Estado más vinculado con la sucesión sea un ordenamiento plurilegislativo (A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 611).

dría concretarse a priori ninguna unidad territorial a estos efectos. En este caso, dicen los autores, es cuando se tendría que acudir al artículo 36.2 y especificar la unidad territorial más vinculada con el causante⁷⁰.

52. En el supuesto de que el causante haya elegido ley aplicable a su sucesión, si esa elección es la de una unidad territorial de un ordenamiento plurilegislativo, será válida si los artículos 36.1 o 36.2 remiten a ese territorio⁷¹. En efecto, puesto que el artículo 22 del Reglamento indica que el causante puede elegir la ley del Estado de la nacionalidad, los criterios de estos preceptos serán los que determinen si la unidad territorial escogida del Estado de su nacionalidad es válida como ley rectora de la sucesión. No obstante, en el supuesto de que no fuera válida la elección, la voluntad del causante debería considerarse como elemento a tener en cuenta de vinculación con el difunto en el marco del artículo 21.2 del Reglamento -cláusula de excepción- para determinar el Derecho finalmente aplicable⁷².

53. Utilizar el método indirecto y remitir, por tanto, a las normas internas de conflicto de leyes, supone que se respete la voluntad del legislador nacional en estos supuestos y que se resuelvan de la misma manera los conflictos de leyes internacionales y los conflictos de leyes internos⁷³. Efectivamente, establecer que el Derecho aplicable sea el determinado por la norma interna de conflictos interregionales conlleva que haya unidad de soluciones en este contexto⁷⁴.

A. Técnica de remisión indirecta (art. 36.1)

54. Cuando en el ordenamiento plurilegislativo al que remite la norma de conflicto del foro exista regulación para resolver el problema que estamos estudiando, deberá aplicarse dicha normativa específicamente prevista para ello. España es un ejemplo de este tipo de ordenamientos plurilegislativos⁷⁵.

55. Los conceptos recogidos, tanto en la norma de conflicto del foro como en la norma interna de conflicto de leyes del ordenamiento plurilegislativo extranjero al que remite aquella, deben ser interpretados en el marco del texto normativo en el que se encuentran. Por lo tanto, no cabría realizar una interpretación autónoma de los conceptos empleados por la norma interna de conflicto de leyes⁷⁶.

56. Como acabamos de mencionar, España es un ejemplo de ordenamiento plurilegislativo de base territorial. Y también es un ejemplo de regulación de este problema de aplicación. En efecto, el artículo 16 del Código Civil es la norma que indica qué ordenamiento español es el que debe aplicarse en el caso de que la norma de conflicto remita al Derecho español⁷⁷.

⁷⁰ A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610

⁷¹ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Articles 36, 37 and 38", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 524; A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610 y pp. 613-614.

⁷² A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 610; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Articles 36, 37 and 38", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 527

⁷³ A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608

⁷⁴ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 14; A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 608.

⁷⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 249.

⁷⁶ A. BONOMI, "Articles 36 à 38" en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 611.

⁷⁷ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 6.

Según el precepto aludido, habrá que aplicar las normas del Capítulo IV del Código Civil -capítulo dedicado al Derecho Internacional Privado- para resolver el conflicto de leyes interno.

Desarrollando el ejemplo español, si la ley aplicable es la de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1 RES) y el causante extranjero falleció teniendo su residencia habitual en España, habrá que aplicar el artículo 16 CC para identificar el Derecho, foral o común, que debe utilizarse para resolver la cuestión. El artículo 16 CC remite a las reglas del Capítulo IV del Código Civil, por lo tanto, tendremos que ir al artículo 9.8 CC, norma de conflicto de producción interna en materia de sucesiones. Según este precepto, la ley aplicable a la sucesión es la de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento. El artículo 16 CC indica que la conexión ley personal debe entenderse como vecindad civil. Pero, los extranjeros no tienen vecindad civil en España. Cabría preguntarse, en este caso, qué criterio se puede arbitrar para solucionar esta indefinición.

Los autores aportan varias teorías para dar respuesta a esta situación⁷⁸. Una de ellas es la que apuesta por aplicar el Derecho civil común⁷⁹. Esta opción no es adecuada, ya que, en nuestro ordenamiento no existe preferencia por el Derecho común en relación con los ordenamientos forales⁸⁰. Otra teoría es la que considera que debería aplicarse la unidad territorial que presente una mayor vinculación con el causante. En tercer lugar, aplicar el artículo 9.10 CC e ir a la unidad territorial donde el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento⁸¹. Esta es la solución que han propuesto algunos autores para resolver el problema cuando se acepta el reenvío de retorno⁸². Por último, también se propone aplicar el artículo 36.2 del Reglamento, entendiendo que cuando el texto dice que se aplicará en caso de que no existan normas de conflicto interregional, debe interpretarse de manera amplia para incluir también en su ámbito de aplicación los supuestos en los que, habiéndolas, no se adecúan al supuesto concreto⁸³.

57. En realidad, si la conexión del Reglamento sucesorio que opera a la hora de determinar el Derecho aplicable es la del artículo 21.1 y acudimos al Derecho español por ser España el país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, no tiene mucho sentido dar tantas vueltas para poder llegar a la misma solución a la que se habría llegado de haber aplicado la técnica de remisión directa, cual es, aplicar el ordenamiento español donde el causante tenía su residencia habitual cuando falleció. Sin embargo, la realidad es que el legislador europeo exige tener en cuenta, en primer lugar, la forma de determinación del ordenamiento jurídico aplicable prevista por el legislador español.

58. La técnica de remisión directa fue el criterio seguido en el Proyecto de Reglamento de sucesiones. El artículo 28.1 de la Propuesta decía lo siguiente: “*En el caso de que un Estado comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesión por causa de muerte, cada unidad territorial se considerará un Estado a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento*”. Se desconocen las razones que propiciaron el cambio de sistema de determinación del Derecho aplicable en el texto final del Reglamento, sin embargo, las fuertes críticas de la doctrina al método directo pudieron haber contribuido al mismo⁸⁴. Entre otras, la doctrina

⁷⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 267-268

⁷⁹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 17.

⁸⁰ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 19; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 267.

⁸¹ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 18; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 268.

⁸² A. FONT I SEGURA, “La pluralidad interna visita el reino del Derecho Internacional privado”, *Indret*, núm. 2, abril 2007, p. 13

⁸³ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 612; P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 19. Este último autor considera que es la mejor de las opciones planteadas.

⁸⁴ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 12

no entendía que se aplicara el sistema directo en unos casos y la norma interna de conflicto de leyes en otros, según se tratara de un supuesto internacional o de un supuesto interno⁸⁵.

B. Técnica de remisión directa (art. 36.2)

59. El apartado segundo del artículo 36 prescribe cómo resolver este problema de aplicación cuando en el ordenamiento de foro no existe una norma interna de conflicto de leyes. Estados Unidos de América, Australia o Canadá son ejemplos de este tipo de Estados plurilegislativos⁸⁶.

60. Los mismos autores que afirman que el artículo 36.1 debe aplicarse también cuando en el Estado plurilegislativo existan varias normas internas de conflicto de leyes –una por cada unidad territorial– indican que el artículo 36.2 debe tenerse en cuenta en los casos en los que no exista ninguna norma interna de conflicto de leyes –escenario que se plantea de modo muy excepcional– o cuando, habiéndola, sea única o plural, las conexiones que utilizan no se adecúan al caso concreto al no permitir determinar la unidad territorial aplicable –por ejemplo, en el caso de la vecindad civil de extranjeros en España–⁸⁷.

61. El Reglamento sucesorio indica, en esta situación, que el territorio en el que se concrete el punto de conexión de la norma de conflicto será el que determine la ley aplicable (art. 36.2.c). Por esta razón, el apartado a) del precepto especifica que si la conexión es residencia habitual, el territorio cuya ley debe ser la aplicable será aquel en el que se encuentre la residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 36.2.a).

Sin embargo, si la conexión es la nacionalidad, la remisión directa no resuelve el problema. En este contexto, el Reglamento utiliza la vinculación más estrecha como criterio para determinar el ordenamiento aplicable⁸⁸. Así, el artículo 36.2.b) establece que cuando la conexión sea la nacionalidad, se aplicará la ley del territorio que presente una vinculación más estrecha con el causante.

62. En este supuesto en el que el causante elige la ley de su nacionalidad para regir su sucesión, si el difunto no tiene ninguna vinculación con ese país de su nacionalidad, podría no encontrarse ninguna unidad territorial que represente una estrecha relación con el causante. En esta situación excepcional, debería considerarse que la elección de ley no es válida⁸⁹.

2. Validez formal de las disposiciones mortis causa (art. 36.3)

63. Para determinar el ordenamiento jurídico aplicable en estos casos de validez formal de las disposiciones mortis causa, el Reglamento utiliza la técnica de remisión indirecta y, en defecto de norma interna de conflicto de leyes, dispone que será aplicable la ley de la unidad territorial más vinculada con el causante⁹⁰.

⁸⁵ L. GARAU JUANEDA, “The Spanish interregional law before a common European private international law”, *AEDIP*, vol. 6, 2006, p. 163; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, M.P. GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río*, Civitas, Navarra, 2009, pp. 43-46.

⁸⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 249.

⁸⁷ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 612.

⁸⁸ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 673.

⁸⁹ A. BONOMI, “Articles 36 à 38” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 615.

⁹⁰ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, n° 3, 2013, julio 2013, p. 20. Este autor critica el método indirecto elegido por el legislador por no favorecer la validez de las disposiciones mortis causa.

64. En este sentido se debe recordar que, según el artículo 75 del Reglamento, los Estados miembros que son parte del Convenio de La Haya de 1961 seguirán aplicando esta norma, en lugar del artículo 27 del Reglamento, en lo que a validez de las disposiciones testamentarias se refiere.

Ambos preceptos, el artículo 27 del Reglamento y el artículo 1 del Convenio, recogen las mismas conexiones para determinar la validez de las disposiciones mortis causa, sin embargo, en caso de que el punto de conexión remita a un Estado plurilegislativo, la forma de determinar qué unidad territorial es la aplicable, es diferente en un texto y en otro⁹¹.

65. El Convenio de La Haya de 1961, en el artículo 1, utiliza la técnica mixta para determinar la ley aplicable en casos de Estados plurilegislativos, ya que, cuando la conexión es territorial estipula que el ordenamiento aplicable sea el designado por la conexión -técnica directa-, en cambio, cuando el punto de conexión es personal adopta la remisión indirecta⁹². Por lo tanto, sólo en el caso de que la conexión sea la nacionalidad, ambos textos, el Reglamento y el Convenio, aportarán la misma solución en supuestos de ordenamientos plurilegislativos, cual es, la que disponga la norma interna de conflicto de leyes y, en caso de que no exista esta norma, la ley de la unidad territorial más vinculada con el causante.

3. Ordenamientos plurilegislativos de base personal (art. 37)

66. El artículo 37 establece que *“toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en dicho Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha”*.

67. De nuevo, el legislador europeo opta por la remisión indirecta y, en el caso el que no existan normas de producción interna aplicables en esta situación, estipula que la ley aplicable será la de la unidad personal con el que el causante tenga una vinculación más estrecha.

En estos casos de ordenamientos plurilegislativos de base personal no es posible utilizar la técnica de remisión directa porque no hay territorios en los que concretar los puntos de conexión a efectos de determinar el ordenamiento aplicable⁹³.

4. Conflictos internos de leyes (art. 38)

68. Por último, en relación con este tema, es necesario mencionar el artículo 38 del Reglamento. Según este precepto, *“Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales”*.

69. Se trata de una norma que no obliga a los Estados a utilizar las soluciones del Reglamento para resolver los conflictos de leyes internos. Este precepto se aplica en el caso de ordenamientos plurilegislativos de base territorial⁹⁴.

70. España es el único Estado plurilegislativo parte en el Reglamento y no se ha manifestado en el sentido de querer aplicar estas soluciones de la norma europea a los conflictos de leyes internos⁹⁵.

⁹¹ Instrumento de ratificación del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de validez de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988.

⁹² P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 20.

⁹³ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 673.

⁹⁴ P. QUINZÁ REDONDO/G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, nº 3, 2013, julio 2013, p. 6.

⁹⁵ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 529.

IV. Problemas de aplicación: Reenvío

71. El reenvío es el problema de aplicación más importante en materia de sucesiones por dos razones. Por un lado, precisamente en sucesiones el TS empezó a crear la jurisprudencia existente sobre el reenvío, en el marco del artículo 9.8 CC⁹⁶. Por otro, el Reglamento sucesorio europeo, lejos de prohibir el reenvío -como hacen todos los demás Reglamentos en materia de familia, en materia de obligaciones contractuales y en relación con las obligaciones extracontractuales-, lo admite y lo regula hasta de segundo grado.

1. Definición

72. El reenvío supone aplicar la norma de conflicto del ordenamiento extranjero al que conduce la norma de conflicto del foro. Esto se debe al principio de aplicación integral del Derecho extranjero, según el cual, la norma de conflicto del foro remite al entero ordenamiento jurídico extranjero, no sólo a las normas materiales, también a las conflictuales, y, por ello, como el supuesto de hecho es internacional, la norma aplicable en ese Derecho extranjero debe ser otra norma de conflicto⁹⁷.

73. Además de lo anterior, la razón de ser del reenvío se encuentra en el clásico principio de Derecho Internacional Privado de la armonía internacional de soluciones⁹⁸. El legislador europeo alude a ella cuando menciona la *coherencia internacional* como objetivo de la aceptación del reenvío (Considerando 57). Esto es, con esta figura se pretende, y se consigue, que el Derecho material aplicable al caso sea el mismo independientemente del juez que conozca del mismo, sea el del foro o sea el del Estado extranjero cuya norma de conflicto materializa el reenvío

74. El reenvío que puede admitirse en el marco del artículo 9.8 CC, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, no conduce a la armonía internacional de soluciones conflictual -lo que se persigue en el Reglamento sucesorio-, ya que, lo que tiene en cuenta el Tribunal español para aceptar el reenvío es que los Derechos materiales implicados, el extranjero y el español, se basen en principios similares. Y esto es armonía internacional de soluciones material, no conflictual⁹⁹.

2. Clases

75. Existen dos clases de reenvío. Podemos hablar del reenvío de primer grado y del reenvío de segundo grado.

76. *Reenvío de primer grado o de retorno*. Este tipo de reenvío se produce cuando la norma de conflicto extranjera remite la regulación de la situación jurídica al Derecho del foro. De esta forma, el juez competente aplicará finalmente, si se acepta el reenvío, el Derecho propio.

⁹⁶ STS núm. 887/1996, de 15 noviembre (RJ/1996\8212); STS núm. 436/1999, 21 mayo 1999 (RJ 1999\4580); STS núm. 849/2002, 23 septiembre 2002 (RJ 2002\8029); STS núm. 490/2014, de 12 enero (RJ/2015\263).

⁹⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares Granada, 2018, p. 308. *Vid.*, también, I. CALVO VIDAL, "El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", *Bitácora Millenniumm DIPr* (<http://www.millenniumdipr.com/ba-6-el-reenvio-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones>).

⁹⁸ P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001, p. 140; D. DAMASCELLI, "I criteri di collegamnto impiegati dal regolamnto n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte", en P. FRANZINA/A. LEANDRO (a curda di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana di Studi, 2013, Giuffrè, Milano, p. 97; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 279-280.

Esta es la ventaja que menciona A. BONOMI acerca del reenvío. En cuanto a los inconvenientes, afirma que la complejidad en su aplicación es la principal razón negativa que podría aducirse al reenvío (A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", *RDIPP*, 2013, p. 307).

En relación con este clásico principio de Derecho Internacional Privado, *vid.*, M.-P. WELLER, "Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "Klassischen"IPR-Dogmatik?", *IPRax*, 5, 2011, pp. 429-437.

⁹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 280; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, julio-diciembre 2007, vol. 55/2, p. 94

77. *Reenvío de segundo grado o reenvío ulterior.* En este caso, la norma de conflicto extranjera tiene un punto de conexión que indica que el Derecho aplicable a la cuestión es el de un tercer Estado. Cuando el reenvío no es de retorno se debe poner límite a las sucesivas remisiones que pueden realizar las normas de conflicto, ya que, de lo contrario, podría no concretarse el Derecho material aplicable por los múltiples reenvíos entre normas de conflicto que pueden encadenarse -reenvío de tercer grado, de cuarto, etc.-.

78. En el momento anterior a la aplicabilidad del Reglamento sucesorio, en el marco del artículo 12.2 CC, el reenvío admitido en España era únicamente el de retorno. Así es, este precepto del Código Civil, con redacción confusa eso sí, ha sido interpretado en este sentido de permitir que en España se acepte únicamente el reenvío que la norma de conflicto extranjera realice al ordenamiento español.

No obstante lo anterior, es cierto que en nuestro país convivimos con la Ley cambiaria y del cheque, que constituye una excepción al reenvío de retorno puesto que permite el reenvío de segundo grado¹⁰⁰. Esta contradicción con el artículo 12.2 CC se debe a que esta Ley fue una copia ciega del llamado Derecho cambiario ginebrino¹⁰¹.

3. Regulación: Reglamento sucesorio europeo

79. Como se acaba de mencionar, el artículo 12.2 CC sólo admite el reenvío de retorno¹⁰². Sin embargo, como el Reglamento sucesorio regula el reenvío, cuando se trata de aplicar la norma de conflicto de este texto europeo, debemos tener en cuenta el artículo 34 y dar posibilidad a que concurra un reenvío de segundo grado¹⁰³.

Este precepto donde se recoge la regulación del reenvío en el Reglamento sucesorio prescribe que “1. La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro, o b) la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley. 2. En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30”.

80. En la Propuesta de Reglamento de sucesiones el reenvío no estaba permitido (art. 26). El precepto 26 decía que “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un Estado, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado”. En el texto definitivo de la norma, en cambio, como puede comprobarse, se admite hasta un reenvío de segundo grado¹⁰⁴.

81. El Considerando 57, por su parte, estipula que “Las normas en materia de conflicto de leyes establecidas en el presente Reglamento pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado. En tales casos, se han de tomar en consideración las normas de Derecho internacional privado de ese Estado. Si esas normas disponen el reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley a la sucesión, ese reenvío se debe aceptar a fin de garantizar la coherencia internacional. No obstante, se ha de excluir el reenvío en aquellos casos en que el causante haya hecho la elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado”.

82. El supuesto habitual de reenvío será aquel en el que un nacional de un Estado miembro muere teniendo residencia habitual en un tercer Estado. El tribunal competente será europeo, de un Estado

¹⁰⁰ Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, BOE núm. 172, de 19 julio 1985.

¹⁰¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 246.

¹⁰² Artículo 12.2 CC: *La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.*

¹⁰³ *Vid.*, en este sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 276.

¹⁰⁴ A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 560.

parte del Reglamento, y aplicará la ley extranjera del tercer Estado de la residencia habitual del causante. La norma de conflicto de ese país tendrá un punto de conexión determinado por la nacionalidad del difunto, con lo cual, el juez competente tendrá que aceptar el reenvío que la norma de conflicto extranjera realiza a la ley de un país parte del Reglamento -reenvío de retorno de la letra a) del artículo 34-¹⁰⁵.

83. Pese a lo anterior, en el marco del Reglamento sucesorio el reenvío no debe operar con asiduidad debido a que uno de los principios informadores de la norma es la coincidencia *fórum-ius*, por lo que, lo normal será que el tribunal competente aplique su propio Derecho y no un Derecho extranjero¹⁰⁶.

En este sentido, lo común será que el reenvío pueda operar cuando el juez se declara competente por foros subsidiarios, aplicables en defecto de la residencia habitual del causante en un Estado parte del Reglamento¹⁰⁷. Esto es, principalmente cuando el tribunal sea competente por el foro del artículo 10, foro del lugar de situación de los bienes¹⁰⁸. En estos casos se rompe la coincidencia *fórum-ius* y podría activarse el reenvío.

84. Igualmente, el reenvío sólo puede plantearse cuando la norma de conflicto del foro remite al Derecho de un Estado no parte del Reglamento¹⁰⁹. En efecto, entre Estados miembros no cabe el reenvío porque todos los países que son parte del Reglamento comparten la misma norma de conflicto en materia sucesoria, cual es, el propio Reglamento sucesorio, por lo que no puede plantearse que la norma de conflicto extranjera remita a otro ordenamiento jurídico distinto del propio.

A. Orígenes del artículo 34 del Reglamento sucesorio

85. Los dos tipos de reenvío regulados en el Reglamento de sucesiones, con la dicción literal recogida en el artículo 34, proceden del Derecho italiano y del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1 agosto de 1989¹¹⁰.

86. En efecto, la ley italiana de Derecho internacional privado dispone en su artículo 13.1 que se deberá aceptar el reenvío cuando la norma de conflicto extranjera remita a otro Estado, que acepte ese reenvío, o cuando reenvíe al Derecho italiano¹¹¹.

87. Por su parte, el Convenio de La Haya de 1989 regula en su artículo 4 el mismo reenvío de segundo grado que aparece recogido en la letra b) del artículo 34.1 del Reglamento¹¹². Así es, según este precepto del Convenio, “*si la ley aplicable en virtud del artículo 3 fuera la de un Estado no contratante*”

¹⁰⁵ A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 487.

¹⁰⁶ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, nº 4, 2012, p. 706; A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 86.

¹⁰⁷ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, nº 4, 2012, p. 706; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 562.

¹⁰⁸ A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 86; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 562.

¹⁰⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 277; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 561.

¹¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 283.

Convenio de La Haya sobre ley aplicable las sucesiones por causa de muerte, de 1 agosto 1989 (<https://assets.hcch.net/docs/829603f0-db31-476d-81ad-24759ccd190c.pdf>)

¹¹¹ Legge 218/1995 (http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1995-06-03&atto.codiceRedazionale=095G0256&elenco30giorni=false)

¹¹² A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 85-86.

y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran, para toda o parte de la sucesión, a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado”.

Como puede observarse, la diferencia entre la regulación del Convenio y la del Reglamento se encuentra en el hecho de que el primero alude a la posibilidad de aceptar el reenvío aun cuando esto produzca una ruptura de la unidad de ley en el caso *-para toda o parte de la sucesión-*. Sin embargo, el legislador europeo ha guardado silencio en este punto en el Reglamento.

B. Carácter obligatorio del reenvío

88. Según los términos en los que se expresa el legislador europeo en este artículo 34, el reenvío parece que debe ser obligatorio¹¹³. Inmediatamente surge la cuestión acerca de si puede alegarse el principio de unidad de ley que preside el Reglamento como límite a la aceptación del reenvío.

89. *Reenvío y fraccionamiento de la sucesión.* La unidad de ley es el sistema por el que opta el legislador europeo al designar un único ordenamiento como Derecho rector de la sucesión; si bien, con algunas excepciones.

Así, el Considerando 37 afirma que *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.*

90. Antes de la aplicabilidad del Reglamento sucesorio, el Tribunal Supremo español se había pronunciado en varias sentencias rechazando el reenvío cuando el mismo suponía un fraccionamiento legal de la sucesión (STS de 15 noviembre de 1996; STS de 21 marzo 1999; STS de 23 septiembre 2002). También la Corte de Casación francesa se ha manifestado en la misma línea en la sentencia de 20 junio 2006, *Wildenstein*, y en la sentencia de 11 de febrero de 2009, *Riley*¹¹⁴.

a) Argumentos a favor de que la unidad de ley suponga un límite al reenvío

91. Además del ya mencionado Considerando 37 del Reglamento, algunos autores consideran que esta posición podría fundarse en el hecho de que el artículo 34, cuando regula el reenvío, utiliza el singular al mencionar la ley del Estado miembro o la ley del tercer Estado al que remite la norma de conflicto extranjera¹¹⁵. Esto es, el reenvío sólo podría operar, en este caso, si la ley aplicable fuera única.

92. Por otra parte, otros autores reflexionan al respecto y llegan a la conclusión de que no tendría mucho sentido no permitir que el causante elija varias leyes aplicables a su sucesión y que, por vía del reenvío, finalmente sean dos o más leyes las reguladoras de la misma¹¹⁶.

¹¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 281-282.

¹¹⁴ Sentencia de 11 de febrero 2009 comentada por B. ANCEL en *RCDIP*, nº 3, 2009, pp. 512-517 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020256521&fastReqId=330866670&fastPos=1>)

Vid., también, sentencia de 23 de junio 2010, *Tassel*, comentada por B. ANCEL en *RCDIP*, nº 1, 2011, pp. 53-72. En esta sentencia no se trata el reenvío para determinar la ley aplicable sino el reenvío del Derecho español al Derecho francés para otorgar competencia judicial internacional al juez francés sobre la totalidad de la sucesión, incluyendo al bien inmueble situado en España. En virtud de ese reenvío, la ley española del lugar de situación de inmueble, aplicada por el juez francés, reenvía al Derecho francés por nacionalidad francesa del causante (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/637_23_16722.html)

¹¹⁵ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, nº 4, 2012, p. 706; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 286.

¹¹⁶ I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, núm. 328, 2012, p. 104.

b) Argumentos a favor de admitir el reenvío aunque ello conlleve el fraccionamiento de la sucesión

93. Los argumentos esgrimidos para aceptar siempre el reenvío son compartidos por un sector doctrinal más amplio¹¹⁷.

Entre ellos, se encuentra el que afirma que el artículo 34.2 no alude a esta excepción del reenvío cuando menciona todos los supuestos en los que no debe operar este mecanismo, entendiéndose que, al ser excepciones las recogidas en este precepto, deben ser interpretadas de manera estricta y no incluir, por tanto, entre ellas, otras cuestiones que no se mencionan en el artículo; el reenvío, por ejemplo¹¹⁸.

Con esta interpretación, partiendo del supuesto de que el legislador no se posiciona expresamente al respecto, se hace prevalecer las ventajas del reenvío frente a los inconvenientes de la escisión de la sucesión¹¹⁹.

94. El Considerando 37 del Reglamento, utilizado anteriormente para apoyar la opinión contraria, también puede alegarse para sostener que el reenvío no está prohibido cuando conduce al fraccionamiento de la sucesión. En efecto, cuando el Considerando afirma que *es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión*, la ley a la que se refiere es la ley designada por la norma de conflicto del Reglamento y no la ley a la que remite la norma de conflicto extranjera¹²⁰.

95. También, se puede alegar el hecho de que el propio legislador europeo permite el fraccionamiento de la sucesión en determinadas circunstancias, como cuando opera el artículo 10.2 o el artículo 12. Estos preceptos regulan la posibilidad de que haya varias jurisdicciones para conocer de la misma sucesión, lo cual abre la puerta a que puedan ser varias las leyes aplicables¹²¹.

C. Excepciones en el Reglamento sucesorio europeo

96. Tal como establece el artículo 34.2 del Reglamento, el reenvío no puede operar en los siguientes supuestos¹²².

1º) En los casos en los que se aplique la cláusula de excepción del artículo 21.2. Efectivamente, la ley del Estado más vinculado con el supuesto se aplica al caso en virtud de este precepto porque representa una estrecha conexión entre ese país y el causante. De admitirse el reenvío en estas circunstancias, podríamos aplicar finalmente a la sucesión el ordenamiento de un Estado que no presente una vinculación tan estrecha y no quedaría justificado, entonces, utilizar el artículo 21.1 y escapar de la ley

¹¹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287; D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamnto impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA/A. LEANDRO (a curda di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Colladi Studi, 2013, Giuffrè, Milano, p. 98; A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 94-95; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *RCDIP*, nº 4, 2012, p. 706; P. LAGARDE, “Présentation du règlement sur les successions”, en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dirs.), *Droit européen des successions internationales (le Règlement du 4 juillet 2012)*, ed. Defrénois, Paris, 2013, p. 12; I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, núm. 328, 2012, p. 104; A. BONOMI, “Il Regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, nº 2, 2013, p. 307.

¹¹⁸ A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287.

¹¹⁹ A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il Nuovo diritto internazionale private delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 95; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287.

¹²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 287.

¹²¹ A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 574

¹²² A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 479-486.

de la residencia habitual del causante en el momento el fallecimiento. En este marco, se hace prevalecer la proximidad frente a la uniformidad¹²³.

2º) En los supuestos en los que el causante haya elegido ley aplicable a su sucesión (Considerando 57). En esta situación es natural entender que no puede operar el reenvío, ya que, de no ser así, se estaría defraudando la voluntad del difunto quien, al elegir un determinado Derecho, se debe presumir razonablemente que está escogiendo el Derecho material y no sus normas de conflicto¹²⁴.

Por lo tanto, sólo cabrá aceptar el reenvío cuando la ley aplicable a la sucesión venga determinada por la residencia habitual del causante¹²⁵. Y, además, esa conexión del difunto debe encontrarse en un tercer Estado no parte del Reglamento sucesorio¹²⁶.

3º) En el marco del artículo 27 del Reglamento. En efecto, cuando se trata de determinar la validez formal de las disposiciones mortis causa, el legislador ofrece varias conexiones al respecto buscando la validez formal de las disposiciones mortis causa. El artículo 27 es una norma de conflicto materialmente orientada¹²⁷. Pues bien, como la aceptación del reenvío puede reducir el número de estas leyes, debe rechazarse su aplicación¹²⁸.

4º) Respecto de la validez formal de la declaración de aceptación o renuncia de la herencia (art. 28. b) RES). En este caso, el legislador elige, en la letra b del precepto, la residencia habitual del causante como punto de conexión, y lo hace teniendo en cuenta el contenido material de ese Derecho¹²⁹.

5º) En relación con las leyes de policía que imponen algunas restricciones aplicables para suceder en relación con determinados bienes (art. 30 RES)¹³⁰. Razones de soberanía estatal justifican que la ley material del lugar de situación de esos bienes sea la que deba regir este aspecto¹³¹.

D. Reenvío de retorno (art. 34.1.a)

97. El Reglamento considera a todos los Estados parte del mismo como un solo país a estos efectos. Así, cuando regula el reenvío de retorno no exige que la norma de conflicto extranjera reenvíe al Derecho del foro, sino que permite que lo haga al ordenamiento de cualquiera de los Estados parte de la norma.

98. Lo anterior significa que si el tribunal competente se encuentra en España -por ser España el lugar de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento- y la ley aplicable es la inglesa porque así lo ha establecido el causante escogiéndola, si el único patrimonio del difunto es una casa que posee en Francia, por el *reenvío de segundo grado europeo* del Derecho inglés al Derecho fran-

¹²³ A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 571.

¹²⁴ P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001, pp. 214-215; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 278-279; I. CALVO VIDAL, “El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la UE*, núm. 328, 2012, p. 104; A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 571.

Vid., también, en este sentido, RDGRN de 4 julio 2016 (RJ 2016\4032)

¹²⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 658.

¹²⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 659.

¹²⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 660.

¹²⁸ A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 572.

¹²⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 278.

¹³⁰ A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 572.

¹³¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 278.

cés, el juez español no aplicaría el Derecho español -que sería lo lógico en el caso de admitir el reenvío de retorno- sino que aplicará el Derecho francés al fondo de la sucesión del sujeto inglés¹³².

99. En este punto podríamos plantearnos si sería posible el reenvío cuando la ley del foro o la ley de un Estado parte del Reglamento es la finalmente aplicable, pero no por remisión directa de la norma de conflicto extranjera, sino como resultado del encadenamiento de varios reenvíos -reenvío de segundo grado, de tercer grado, etc.-.

Nos estamos refiriendo a supuestos como el siguiente¹³³. Pensemos en un nacional inglés con residencia habitual en Japón y con un bien inmueble en Francia. El juez francés competente deberá aplicar la ley japonesa. En el ordenamiento japonés, la norma de conflicto en materia de sucesiones remite a la ley de la nacionalidad del causante -Derecho inglés, por tanto-. Sin embargo, la ley inglesa tiene el lugar de situación del bien inmueble como conexión en materia de sucesiones inmobiliarias, por lo tanto, por el segundo reenvío de la ley inglesa a la francesa, el juez francés aplicará finalmente la ley propia, la francesa. Llegamos, de esta manera, a la solución recogida en la letra a) del artículo 34.1 -ley del foro-, si bien, no por un solo reenvío sino por la activación de dos.

La doctrina considera que sí deberían admitirse esos varios reenvíos si con ellos se consigue aplicar al caso la ley prescrita por el Reglamento, la ley del foro o la ley de otro Estado parte de la norma¹³⁴.

E. Reenvío de segundo grado (art. 34.1.b)

100. El apartado b) del artículo 34.1 admite el reenvío de segundo grado cuando concurren dos circunstancias de forma cumulativa.

- 1º) Por un lado, la norma de conflicto del foro debe remitir, tal como ya hemos comentado, al ordenamiento de un Estado no parte del Reglamento.
- 2º) Por otro lado, la norma de conflicto extranjera debe remitir a otro ordenamiento no parte del Reglamento, cuya norma de conflicto indique que se debe aplicar la ley propia.

101. Con la admisión del reenvío de segundo grado se alcanza la armonía internacional de soluciones, entendida esta en el sentido que tiene para el legislador europeo, esto es, en el sentido de coherencia internacional, debido a que los tres países implicados en el caso aplicarían el mismo Derecho material para resolver el fondo del asunto¹³⁵.

102. En el supuesto de que no pueda operar el reenvío de segundo grado porque la norma de conflicto del tercer Estado no prevea la aplicación de la ley propia, el ordenamiento que deberá tenerse en cuenta en este escenario es el Derecho material al que remita la norma de conflicto del foro¹³⁶.

103. También, en el marco del reenvío de segundo grado, algunos autores consideran que se debería aceptar si finalmente se aplica la ley del país al que conduce la última norma de conflicto aplicable, con independencia de que este resultado se consiga con dos reenvíos o con más¹³⁷. Con un ejemplo se puede ilustrar mejor el escenario planteado.

¹³² E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria. Reglamento sucesorio europeo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 659.

¹³³ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 569.

¹³⁴ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 568.

¹³⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 277.

¹³⁶ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 569.

¹³⁷ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 570.

El caso es el de un nacional inglés con residencia habitual en Japón y con inmuebles en Quebec, en Corea y en Suecia. Este ciudadano había vivido hacia dos años en Suecia. Los jueces suecos tienen competencia para conocer de toda la sucesión, en virtud del artículo 10.1 del Reglamento. La ley aplicable será la japonesa -residencia habitual en el momento del fallecimiento-. La norma de conflicto japonesa remite a la ley de la nacionalidad del causante -ley inglesa-. Esta ley inglesa remite, a su vez, al lugar de situación de los bienes inmuebles -Quebec, Corea y Suecia-. Las normas de conflicto de Quebec y de Suecia indican que la ley aplicable a la sucesión inmobiliaria es la del país de situación del bien, sin embargo, la conexión en la norma de conflicto de Corea es la nacionalidad del causante. Por lo tanto, el juez sueco aplicará la ley sueca a los bienes situados en Suecia, la ley de Quebec a los bienes situados en Quebec y la ley japonesa a los bienes situados en Corea¹³⁸.

F. Reenvío integral

104. Debemos plantearnos, por último, qué tipo de reenvío es el que prescribe el legislador del Reglamento sucesorio, si reenvío simple o reenvío integral¹³⁹.

105. *Reenvío simple.* El reenvío simple consiste en aplicar la norma de conflicto extranjera, casi de forma mecánica, sin consideración alguna respecto de las reglas de reenvío que existan en el ordenamiento extranjero¹⁴⁰. Un ejemplo permitirá aclarar el concepto.

Supuesto planteado ante la jurisdicción española. Si el juez español debe aplicar la norma de conflicto inglesa, que remite al Derecho del país donde se encuentra el inmueble para determinar la ley rectora de la sucesión inmobiliaria, el juez español aplicará la misma y, por ella, la *lex rei sitae*, sin tener en cuenta el Derecho Internacional Privado inglés que, cuando se refiere a esta ley del lugar de situación del inmueble, está haciendo referencia a la norma de conflicto de ese Estado y no a su Derecho material¹⁴¹.

106. Con este tipo de reenvío se rompe la posible cadena de remisiones que se podrían suceder por el juego de las distintas conexiones de las normas de conflicto. Sin embargo, el reenvío simple no permite conseguir la armonía internacional de soluciones en sentido conflictual porque conducirá a que el juez competente aplique su ley material o la ley material de otro Estado. Y, si ambas jurisdicciones implicadas, la del foro y la del ordenamiento extranjero al que conduce la norma de conflicto del foro, tuvieran en cuenta este tipo de reenvío, probablemente no aplicarían al caso la misma ley material, con lo que no se conseguiría la *coherencia internacional* querida por el Considerando 57 del Reglamento¹⁴².

107. *Reenvío integral.* El reenvío integral, en cambio, supone tener en cuenta las soluciones de Derecho Internacional Privado existentes en el ordenamiento extranjero, entre las que se encuentran, las referidas al reenvío¹⁴³.

Este tipo de reenvío es preferible por dos razones. Por un lado, porque respeta el principio de aplicación integral del Derecho extranjero, al exigir al tribunal que aplique la norma de conflicto extranjera tal como lo harían los órganos judiciales extranjeros. Además de lo anterior, el propio legislador

¹³⁸ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 570.

¹³⁹ A. DAVI, "Renvoi", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 491-492; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 288.

¹⁴⁰ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 567.

¹⁴¹ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 568.

¹⁴² A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 567.

¹⁴³ A. BONOMI, "Article 34", en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 567.

europeo identifica el reenvío que regula con la *coherencia internacional* en el ya mencionado Considerando 57. Y sólo puede conseguirse esa coherencia internacional o armonía internacional de soluciones conflictual si entendemos que el reenvío del artículo 34 es un reenvío integral¹⁴⁴. Sólo con esta conclusión, el Derecho material que finalmente se aplique al caso será el mismo con independencia de en cuál de los Estados implicados se localice el foro.

Precisamente para alcanzar la coherencia internacional se podrían aportar otros argumentos para apoyar la conclusión de que el reenvío regulado en el Reglamento es un reenvío integral¹⁴⁵. Por un lado, los términos en los que se pronuncia el propio artículo 34 cuando, por ejemplo, en la letra a) admite el reenvío que la norma de conflicto extranjera realiza a la ley de cualquier Estado miembro del Reglamento, sin importar que se trate de la ley del foro. Por otro lado, el hecho de que se admita el reenvío, aunque ello genere una fragmentación de la sucesión, también es un argumento en esta línea de entender el reenvío para conseguir la coherencia internacional que persigue el Reglamento.

Otros autores, por el contrario, sostienen que es preferible el reenvío simple desde un punto de vista práctico, porque favorece la coordinación con la mayoría de los Estados y simplifica la aplicación del reenvío¹⁴⁶.

108. Habiendo dejado claro el tipo de reenvío regulado en el artículo 34 del Reglamento, ahora llega lo más complicado, que es, cómo aplicar ese tipo de reenvío¹⁴⁷. La tarea se antoja complicada al podernos enfrentar a sistemas desconocidos en nuestro ordenamiento y que tenemos que aplicar como si fuéramos los jueces de esos Estados en los que existen. Estamos refiriéndonos, por ejemplo, al doble reenvío anglosajón o al reenvío suizo por conflicto de sistemas¹⁴⁸.

109. *Doble reenvío anglosajón.* Si el juez europeo debe aplicar la norma de conflicto extranjera tal como lo haría el juez extranjero, si este es un órgano judicial inglés, deberá tener en cuenta el doble reenvío.

110. Imaginemos el caso de un ciudadano español con residencia habitual en Londres, que muere dejando un bien inmueble en Murcia. El difunto no ha realizado testamento para disponer la distribución de sus bienes tras su muerte. El juez español, competente por lugar de situación de los bienes, tendrá que aplicar la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1). La norma de conflicto del Reglamento remite al ordenamiento inglés. Asumiendo que el reenvío regulado en el texto europeo es un reenvío integral, el juez español debe aplicar el Derecho inglés como si fuera un juez inglés, utilizando, por tanto, el doble reenvío. En las siguientes líneas se desarrolla cómo el tribunal español llega a la conclusión de que la ley que debe aplicar finalmente a la sucesión es la ley propia, la española.

111. En el caso anterior, según este sistema del doble reenvío, el juez inglés aplicará el Derecho material que aplicaría al caso el juez del Estado al que conduce su norma de conflicto en el supuesto. Por lo tanto, el juez inglés resolverá el caso aplicando el Derecho material que aplicaría el juez español en virtud de su norma de conflicto ¿Cuál será ese Derecho material? El juez español tendría en cuenta

¹⁴⁴ A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 496-497; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 288-289; ; A. BONOMI, “Il Regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, n° 2, 2013, p. 307

¹⁴⁵ A. DAVI, “Renvoi”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 497-499.

¹⁴⁶ A. BONOMI, “Article 34”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruyillant, Bruxelles, 2016, pp. 567-568.

¹⁴⁷ En cuanto a los inconvenientes del reenvío, algunos autores afirman que, precisamente, la complejidad en su aplicación es la principal razón negativa que podría aducirse (A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, p. 307).

¹⁴⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 289-290.

el artículo 21.1 RES. Este precepto le remitiría al Derecho inglés y aceptaría el reenvío de retorno que el Derecho inglés realiza al ordenamiento español (art. 34 RES). Por tanto, el juez inglés aplicaría finalmente el Derecho español a la sucesión.

Volvemos con el juez español, competente por el lugar de situación de los bienes. En virtud al artículo 21.1 del Reglamento acudiría al Derecho inglés. Teniendo en cuenta el doble reenvío, poniéndose en la piel del juez inglés, finalmente aplicará el Derecho español a la sucesión¹⁴⁹.

112. Reenvío suizo por conflicto de sistemas. El artículo 91.1 de la ley suiza de Derecho Internacional Privado de 1987 indica que la ley aplicable a la sucesión debe ser la determinada por la norma de conflicto del país del domicilio del difunto. Por lo tanto, si el juez español es competente, por lugar de situación de los bienes, por ejemplo, en virtud de la norma de conflicto del Reglamento sucesorio debería aplicar el Derecho suizo si el causante tenía su residencia habitual en Suiza.

En el Derecho suizo, el juez de ese país debe aplicar a la sucesión la norma de conflicto del Estado del domicilio del causante. Si el causante tenía su domicilio en España, deberá aplicar la norma de conflicto española. En virtud del artículo 21.1 del Reglamento, el Derecho que aplicaría el juez suizo sería el propio, el suizo, por encontrarse la residencia habitual del causante en territorio de ese país.

Volvemos al juez español competente y retomamos la explicación en el punto en el que la dejamos, esto es, aplicando la norma de conflicto del artículo 21.1 del Reglamento y yendo, por tanto, al ordenamiento suizo. El juez español, teniendo en cuenta el reenvío por conflicto de sistemas que existe en Suiza, poniéndose en la piel de un órgano judicial suizo, aplicará a la sucesión la ley suiza¹⁵⁰.

113. En este supuesto se pone de manifiesto la calificación que se ha de realizar de los conceptos utilizados por las distintas normas aplicables. Así, el concepto de residencia habitual recogido en el artículo 21.1 del Reglamento debe ser interpretado conforme marca la norma europea. Sin embargo, el concepto de domicilio del Derecho Internacional Privado suizo debe ser interpretado tal como indica el Derecho suizo.

Con estas interpretaciones, para que este caso sea viable, es necesario que el difunto tenga su residencia habitual en Suiza, según el Reglamento, y que tenga su domicilio en España, utilizando el concepto de domicilio suizo.

¹⁴⁹ *Vid.*, como caso en el que se tiene en cuenta el doble reenvío en España, SAP de Badajoz de 11 julio 1995 (P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 julio, de la AP Badajoz (S.1.ª)”, *RGD*, 1995, pp. 11341-11347, esp. p. 11345). *Vid.*, también, en este sentido, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones”, *RGD*, n° 537, 1989, pp. 3561-3581.

¹⁵⁰ SAP Barcelona de 28 septiembre 2004, JUR 2004\289919, FD Cuarto

LA INTERPRETACIÓN NECESARIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESDE UN ENFOQUE *IUS INTERNACIONAL PRIVATISTA**

THE NEED TO CONSIDER ANTITRUST LAW FROM A PRIVATE INTERNATIONAL LAW APPROACH

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA

Profesora Doctora de Derecho Internacional Privado

Universidad Internacional de La Rioja

ORCID ID: 1-0002-2814-7894

Recibido: 17.01.2019 / Aceptado: 04.02.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4631>

Resumen: Tradicionalmente, el Derecho de la competencia se ha interpretado desde el Derecho administrativo y el Derecho mercantil, pero cada vez resulta más necesaria la interpretación desde el Derecho Internacional privado, para determinar el juez competente y la ley aplicable, cuando concurren elementos transfronterizos. Desde un punto de vista calificadorio, las infracciones a las normas de defensa de la competencia, se consideran materia extracontractual (a pesar de que hay casos contractuales), lo que remite al artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis y al Reglamento Roma II. Por su parte, los artículos 101 y 102 TFUE son leyes de policía. La jurisprudencia del TJUE resulta esclarecedora y crucial, mientras no se apruebe un Reglamento europeo que confirme la naturaleza de las infracciones a las normas de competencia.

Palabras clave: derecho de la competencia, derecho internacional privado, extracontractual, ley de policía, cartel damage claims.

Abstract: Traditionally, Antitrust Law has been interpreted from administrative law and commercial law, but it is increasingly necessary interpretation from private international law, to determine the competent judge and the applicable law, when cross-border elements concur. From a qualifying point of view, breaches of the rules of defense of competition are considered matters relating to tort, delict or quasidelict (although there are cases relating to contracts), which refers to article 7.2 of the Brussels I recast and the Rome II Regulation. Besides, articles 101 and 102 TFEU are overriding mandatory rules. The jurisprudence of the CJEU is enlightening, pending the adoption of a European Regulation confirming the nature of the infringements of the competition rules.

Keywords: antitrust law, private international law, relating to tort, delict or quasi-delict, overriding mandatory rule, cartel damage claims.

Sumario: I. Introducción. II. Infracciones a las normas de defensa de la competencia: ¿materia contractual o extracontractual? 1. El Reglamento Bruselas I bis. 2. El Reglamento Roma II. III. Las leyes de policía. IV Consideraciones finales.

* Este artículo es consecuencia de los resultados de la tesis doctoral “La Política de competencia en su proyección sobre el agro español”, defendida por la autora en la Universidad del País Vasco UPV/EHU, el 8 de mayo de 2017, y dirigida por el profesor D. Juan José Álvarez Rubio. Desde aquí, quiero expresar mi agradecimiento a mi director y Maestro.

I. Introducción

1. La UE no posee un sistema de Derecho privado material completo al que los tribunales puedan acudir como sistema de referencia. Por esta razón, y por la importancia de mantener una aplicación uniforme de los textos, la labor interpretativa del TJUE es fundamental, porque ayuda a que los Estados miembros establezcan un significado y alcance común de los conceptos y categorías jurídicas utilizadas en los distintos instrumentos de Derecho Internacional Privado.

2. Como cualquier acción civil, las infracciones a las normas de defensa de la competencia, deben ser caracterizadas para determinar su naturaleza, e identificar los factores de conexión más apropiados. A su vez, el factor de conexión establecido en la norma de conflicto, servirá para fijar la competencia judicial internacional y la ley aplicable. El DIPr se refiere a normas estatales que regulan materias civiles y/o mercantiles con un alcance internacional o transfronterizo.

3. Para resolver las controversias que puedan surgir, juega un papel clave el Reglamento 1215/2012¹, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como el Reglamento Bruselas I bis (RB I-bis). El RB I-bis unifica las normas de competencia judicial internacional e introduce un régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias. También existen Convenios multilaterales y bilaterales que vinculan a España en la materia, y en el plano estrictamente interno, está la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)².

4. El Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como el Reglamento Roma I (RR-I), es el que aplicarán los órganos jurisdiccionales para determinar la ley aplicable a un contrato internacional. El ámbito material se concreta en el artículo 1, que se refiere a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Un contrato internacional, por definición, presenta vínculos con varios países. Esto choca con lo que establece el RR-I, que somete el régimen jurídico del contrato a una ley estatal, como prevén los artículos 3 y 4 RR-I³.

5. Por su parte, el Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como el Reglamento Roma II (RR-II), unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales, con la finalidad de evitar el *fórum shopping*, favorecer la seguridad jurídica, y facilitar la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo.

6. Las cuestiones transnacionales que surjan en la aplicación privada del Derecho de la competencia, se regularán por el DIPr. A diferencia del Derecho Internacional Público, que marca los límites de actuación de las autoridades de competencia dentro de la soberanía de su territorio, el DIPr regula los conflictos transnacionales que afecten a las personas físicas y jurídicas en el ámbito del Derecho Privado⁴. La dimensión internacional de la aplicación pública permite entender las particularidades del Derecho de la competencia. La doctrina de los efectos, tanto en su dimensión pública como privada, sienta las bases sobre la que se deben determinar los vínculos para la jurisdicción y, en especial, para determinar el derecho aplicable⁵.

¹ Publicado en el DOUE el 20.12.2012 y en vigor a partir de enero de 2015.

² A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), B. CAMPUZANO DÍAZ, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y A. YBARRA BORES, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, pp. 239 y 240.

³ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 55 y 71-72.

⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 42-44.

⁵ A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Parte General, La Competencia, Madrid, Colex, 2009, p. 310.

7. La interrelación puede resultar especialmente estrecha, en especial, cuando la acción privada se basa en una vulneración del Derecho de la competencia, sancionada por una autoridad administrativa. Este tipo de acciones, también conocidas como *follow on actions*⁶, se basarán en la decisión sancionadora administrativa previa al procedimiento civil. La dificultad aumenta en aquellos casos en los que se añade un componente internacional, y el DIPr tiene el cometido de velar por la seguridad jurídica, facilitar el acceso a la justicia y evitar situaciones injustas.

8. Antes de descender a los instrumentos de DIPr para conocer el alcance de las infracciones en Derecho de la competencia, y determinar así la competencia judicial internacional y la ley aplicable, es preciso aclarar primero una cuestión calificatoria de importancia vital, relativa a valorar si las infracciones al Derecho de la competencia son consideradas materia contractual o extracontractual.

II. Infracciones a las normas de competencia: ¿materia contractual o extracontractual?

9. La distinción entre las obligaciones contractuales y extracontractuales se introdujo con el Convenio de Bruselas de 1968. Ya en la sentencia *Kalfelis/Schröder y otros*⁷, en 1988, el TJCE señaló que la caracterización de la materia como delictual o cuasidelictual debía ser considerada como un concepto autónomo. Y matizó que “si un tribunal es competente para conocer un aspecto de una demanda que tenga fundamento delictivo, no es competente para conocer otros aspectos de la misma basados en fundamentos no delictivos”.

10. Lo que resulta evidente, es que la caracterización de las acciones por infracciones al Derecho de la competencia, con fundamento en el Derecho Internacional Privado europeo, es una cuestión compleja⁸.

En la Edad Media, la palabra dada hacía de juramento y un juramento no necesitaba de otro juramento para ser validado, ya que obligaba por sí mismo al sujeto que lo realizaba. La voluntad unilateral y libre de una persona dirigida a otra persona es lo que creaba la materia contractual.

11. Tradicionalmente, se ha afirmado que “la calificación como contractual de la materia de litigio, no prejuzga la solución que finalmente se otorgue al caso cuando se deba decidir el Derecho aplicable al mismo, pero también podría acarrear una solución diferente”⁹.

De este modo, se ha estimado que un litigio puede considerarse relativo a una materia contractual, y por tanto, ser incluido en el artículo 7.1 RB I-bis, pero el tribunal puede estimar, que una vez aplicado el artículo 7.1 RB I-bis, el litigio deba recibir una calificación de materia no contractual, a efectos de determinar la ley aplicable al mismo. En cualquier caso, el Derecho de la UE trata de evitar ese desfase de conceptos.

12. En efecto, se afirma que la calificación de una acción como contractual o extracontractual debería ser la misma cuando se aplica el RB I-bis, que cuando se aplican los RR-I y RR-II, o cualquier otro instrumento elaborado por la UE¹⁰. Para Garcimartín Alférez, “la parte que alegue que un concepto utilizado en un Reglamento europeo debe tener un significado diferente al asignado en otro Reglamento europeo, debe argumentar dicha separación conceptual”¹¹.

⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 13 y 29.

⁷ STJCE, de 27 de septiembre de 1988, 189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459.

⁸ J. SUDEROW, *El Derecho Internacional privado en la aplicación privada del Derecho de la competencia: competencia judicial internacional y derecho aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 180-181.

⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, p. 843.

¹⁰ Considerandos 7 y 17 del RR-I sobre el principio de coherencia conceptual entre los Reglamentos de la UE; STJUE, de 21 enero 2016, C-359/14 y C-475/14, *Ergo Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, § 43.

¹¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 391-395.

Puede suceder que una parte inicie acciones legales contra otra parte, y que ambas estén ligadas por un contrato. Debe entenderse, que si la acción se ejercita como consecuencia de un comportamiento que constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales, solo, en tal caso, será una acción en materia contractual. Para precisar si ha habido incumplimiento del contrato, debe examinarse el objeto del contrato¹². Si se puede considerar que la reclamación del actor está motivada por la inobservancia de los derechos y las obligaciones del contrato que vincula a las partes, se tratará de una acción en materia contractual. Si la acción ejercitada no está motivada por el incumplimiento de tales derechos y obligaciones, entonces será tratada como una acción en materia delictual o cuasidelictual, según lo previsto en el artículo 7.2 RB I- bis¹³.

13. Calvo Caravaca y Carrascosa González señalan que “el demandante no puede calificar jurídicamente su propia pretensión de modo vinculante para el juez, porque será el tribunal el que califique la pretensión, y establezca si se encuadra en la materia contractual o extracontractual”¹⁴. Por otro lado, la calificación, a efectos de determinar la competencia judicial internacional, no prejuzga necesariamente la posterior calificación destinada a resolver el fondo del asunto.

14. La materia contractual es una noción autónoma y propia del RB I-bis y tiene un alcance europeo, porque proviene de un instrumento, como es el Reglamento. No debe acudir a los derechos nacionales de los Estados miembros para entender su significado¹⁵.

El TJUE ha interpretado de manera uniforme los conceptos contractual y extracontractual, a pesar de que no se han definido los términos de manera explícita. Y como señala la doctrina¹⁶, acorde con la jurisprudencia, los Reglamentos Bruselas I bis, Roma I y Roma II deben complementarse, porque los Estados miembros necesitan un sistema coherente de normas de DIPr.

El Tribunal de Justicia afirmó, en la sentencia *Handte*, que la materia contractual comprendía los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra. Y en las sentencias *Engler* y *Ceská sporitelna* estableció, que la materia contractual presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra, y sobre la que se basaba la acción del demandante. Lo relevante es que la obligación jurídica sea libremente asumida por una parte respecto de otra¹⁷. Y así lo reafirmó el propio tribunal en la sentencia *Ergo Insurance*¹⁸.

15. Para el Derecho de la UE, la diferencia entre materia contractual y materia delictual o cuasi delictual, estriba en que la materia es contractual cuando la obligación surge de la voluntad de una persona que ha consentido libremente en obligarse a dar, hacer o no hacer algo respecto a la otra parte; mientras que la materia es delictual o cuasidelictual, cuando la obligación nace de la Ley, que impone a un sujeto el deber legal de dar, hacer o no hacer alguna cosa, con independencia, e incluso en contra de la voluntad del sujeto obligado¹⁹.

¹² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 843-844.

¹³ STJUE, de 13 de marzo de 2014, C-548/12, *Brogssitter*, ECLI:EU:C:2014:148, § 23-27; M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, p. 327; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 77-80.

¹⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 863-866.

¹⁵ STJCE de 17 junio 1992, C-26/91, *Handte*, ECLI:EU:C:1992:268, § 10; STJUE de 14 marzo 2013, C-419/11, *Ceská sporitelna*, ECLI:EU:C:2013:165, § 45.

¹⁶ 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”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. II, 2016, p. 440.

¹⁷ STJCE, de 20 enero 2005, C-27/02, *Engler*, ECLI:EU:C:2005:33, § 51; STJUE, de 14 marzo 2013, C-419/11, *Ceská sporitelna*, ECLI:EU:C:2013:165, § 47.

¹⁸ C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 585; A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), B. CAMPUZANO DÍAZ, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ y A. YBARRA BORES, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 241.

¹⁹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l’Éspace judiciaire européen (l’affaire Brogssitter)”, *Annuaire du Droit de L’Union Européenne, Éditions Panthéon-Assas*, 2014, pp. 472-478.

La jurisprudencia del TJUE prioriza la calificación contractual, por lo que, sólo cuando no resulte posible la calificación contractual, se planteará la posibilidad de considerarla extracontractual²⁰. Ambos términos se excluyen mutuamente.

16. Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González²¹, “las obligaciones extracontractuales presentan tres características: una, su carácter internacional debido a que las actividades de las empresas, los Estados, las personas físicas, los consumidores y los profesionales traspasan las fronteras de los países; dos, la dificultad técnica de los casos internacionales de responsabilidad civil extracontractual; y tres, su carácter plurilocalizado”.

Se constata cómo la responsabilidad civil extracontractual es uno de los campos del DIPr en los que se manifiesta una mayor y más compleja litigiosidad internacional, y se ha convertido en una de las materias que ha sufrido un mayor desarrollo normativo. Estos avances han influido en la jurisprudencia y en la codificación del DIPr, lo que evidencia la atracción que tiene el estudio del Derecho de daños desde la perspectiva del DIPr.

17. Para Esplugues, Iglesias y Palao²², la noción de materia delictual o cuasidelictual, comprende toda demanda que tenga por objeto exigir la responsabilidad de un demandado por el daño causado²³, no esté relacionada con la materia contractual, y que dicho carácter extracontractual no se pueda determinar al amparo de la normativa sustantiva del tribunal que conoce del litigio.

18. Hasta la entrada en vigor del RR-II, la misma acción podía considerarse contractual, para concretar la competencia judicial internacional, y extracontractual, para determinar la ley aplicable. Esta situación generaba mucha inseguridad jurídica. En cualquier caso, se debe subrayar que la mayoría de los casos, conocidos hasta la fecha, respecto a las infracciones en Derecho de la competencia, suelen tener un carácter extracontractual, aunque también se han dado demandas basadas en contratos.

19. A falta de una definición del término extracontractual proporcionada por los Reglamentos europeos, el TJUE ha consolidado un concepto, cuya nota principal es su carácter subsidiario, residual²⁴ o negativo respecto del de la materia contractual, que tampoco queda claro²⁵. La ausencia de un compromiso asumido por las partes implica la calificación de delictual. El Tribunal señala el carácter residual, o la delimitación negativa de la materia delictual, que comprende el importe de la reclamación de responsabilidad civil, porque eso no se refleja en la materia contractual. Por lo tanto, las obligaciones extracontractuales serán aquellas que no se deriven, o no se hayan producido, en el marco de una relación libremente asumida por las partes; las obligaciones nacen de la ley, que impone un deber a la persona, con independencia de su voluntad.

Esta idea ayuda a entender la solución adoptada por el TJUE en la sentencia *Brogstetter*²⁶, relativa a la fabricación en exclusiva de maquinaria de relojes. Si la norma invocada por el actor le permite exigir responsabilidad por la conducta del demandado, sin necesidad de invocar el contrato, se puede llegar a interpretar que se trata de una materia extracontractual²⁷.

²⁰ R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, p. 399.

²¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1285-1286.

²² C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 645-646.

²³ STJUE de 21 abril de 2016, C-572/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286.

²⁴ STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *Ofab*, ECLI:EU:C:2013:490, § 32.

²⁵ A.P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENE, M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS, P.P. MIRALLES SANGRO, E. PÉREZ VERA y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Derecho Internacional Privado*, UNED 2ª ed., Madrid, 2016, p. 658.

²⁶ STJUE 13 marzo 2014, C-548/12, *Brogstetter*, ECLI:EU:C:2014:148.

²⁷ 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”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. II, 2016, p. 467.

Esto mismo se desprende de las ocasiones en las que el RR-II hace referencia a las obligaciones extracontractuales que aparecen conectadas con un contrato, o con una relación previa que no figuran entre las normas de conflicto de RR-II. El artículo 14.1 b del RR-II permite a las partes, que llevan a cabo una actividad comercial, que elijan la ley aplicable a una obligación no contractual, mediante un acuerdo negociado antes de que tenga lugar el daño. No todas las pretensiones conectadas con un contrato tienen que calificarse necesariamente de contractuales, porque pueden perseguir intereses particulares o intereses públicos más amplios, desvinculados del propio contrato.

20. La solución pasa por encontrar un equilibrio que aproxime lo sustantivo y lo procesal, en razón de las particularidades de cada caso. La labor del TJUE va a seguir siendo necesaria para interpretar los términos contractual y extracontractual, y se seguirán elevando cuestiones prejudiciales al mismo, hasta que se concrete esta cuestión con la aprobación de un Reglamento europeo, que determine si las infracciones a las normas de competencia son materia contractual o extracontractual²⁸.

21. Los casos más complejos son aquellos en los que se interponen pretensiones fundadas en normas sobre responsabilidad extracontractual entre personas vinculadas por un contrato. En estos casos, el TJUE se reafirma en la calificación autónoma, sin tomar en consideración la calificación de las legislaciones nacionales. “La calificación requerirá un cuidadoso análisis de los hechos y de las normas para determinar si la acción se basa o no en un incumplimiento contractual”²⁹.

22. Será necesario comprender el término *mercado* para comprender cómo se regulan las infracciones al Derecho de la competencia, cuál será la competencia judicial internacional en los casos de conflicto en supuestos transfronterizos y qué legislación será aplicable. “Las normas y reglas propias de un mercado, son tanto las normas de Derecho Privado como las de Derecho Público. En realidad, el único escenario geográfico que puede denominarse como mercado, en sentido propio, es el mercado nacional, excepto en el caso español, donde las distintas CCAA han elaborado sus reglas propias de comportamiento en el espacio territorial de cada una de ellas”³⁰. Según el artículo 6 RR-II, dicha norma de conflicto se remite siempre a la ley de un Estado, es la ley que regula ese mercado nacional. Por lo tanto, el caso español puede resultar algo más complejo debido a esa organización administrativa en CCAA, pero en cualquier caso, parece despejada la duda porque habrá que acudir a la ley estatal y no a la autonómica.

23. El TJUE, en la sentencia *Lithuanian Airlines*³¹, señala que “las relaciones jurídicas de responsabilidad derivada de daños a terceros, ya sea una responsabilidad objetiva o por culpa, por acción u omisión, constituyen casos de responsabilidad en materia delictual o cuasi delictual, y no de materia contractual, a efectos del RB I-bis”. Se observa, por lo tanto, que el artículo 7.2 RB I-bis cubre un amplio espectro e incluye los daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y competencia desleal³².

24. El RR-II establece la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que provienen de las infracciones al Derecho de la competencia, y alude a las sanciones civiles derivadas de dichos actos,

²⁸ S. SÁNCHEZ LORENZO, Intervención que realizó en el XI Seminario de Derecho Internacional Privado “Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento”, celebrado en Barcelona, el 26 octubre de 2017; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l’Espace judiciaire européen (l’affaire Brogsitter)”, *Annuaire du Droit de L’Union Européenne, Éditions Panthéon-Assas*, 2014, pp. 472-478.

²⁹ STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, § 43.

³⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1353-1356.

³¹ STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 28.

³² S. SÁNCHEZ LORENZO, “Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l’Espace judiciaire européen (l’affaire Brogsitter)”, *Annuaire du Droit de L’Union Européenne, Éditions Panthéon-Assas*, 2014, p. 473; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 13-16 y 42.

como son las reclamaciones de daños y perjuicios dentro de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

El RR-II no determina la ley aplicable a las multas y sanciones que imponen las autoridades de defensa de la competencia en la aplicación pública del Derecho de la competencia, porque esas sanciones están sujetas al Derecho Público aplicable, europeo o nacional, según los casos.

25. Por su parte, el considerando 23 del RR-II, que describe el concepto de competencia, parece una *norma en blanco*³³. La norma exige, para su propia aplicación, que el acto en cuestión resulte prohibido por el Derecho de la competencia europeo, o por un Derecho nacional concreto. Por lo tanto, para la aplicación del artículo 6 RR-II, no es suficiente con que un acuerdo entre empresas o una práctica concertada afecte al mercado de un país; además, dicha conducta debe estar prohibida por el Derecho nacional o europeo.

26. Si se valora la legislación aplicable a las consecuencias privadas derivadas de las infracciones al Derecho de la competencia, el artículo 6.3 a RR-II remite obligatoriamente a un Derecho nacional. También puede ocurrir que sean varios los mercados afectados, lo que supondría poder aplicar distintos Derechos estatales a una misma infracción del Derecho de la competencia, según lo previsto en el artículo 6.3 a RR-II. En ese caso, se deberían de aplicar las consecuencias de la ley del Estado “cuyo mercado resulte más afectado”³⁴. El artículo 6.3 a RR-II debe aplicarse, incluso si la conducta contraria al Derecho de la competencia produce efectos indirectos, superficiales o poco relevantes.

Cuando la conducta afecte, o pueda afectar, al mercado de varios países, la solución la da el artículo 6.3 b RR-II, que trata de evitar la multiplicación de distintas leyes y facilita la aplicación de una ley única. Establece, en primer lugar, que se aplicará la ley del domicilio del demandado, y en segundo lugar, la *lex fori*.

Asimismo, el artículo 6.3 b RR-II recoge los supuestos de concentración legal en el caso de acciones colectivas transfronterizas, y establece que la legitimación activa se rige por la ley determinada por el artículo 6.3 RR-II. Y en el punto de conexión del artículo 4.1 RR-II, se concreta la ley aplicable en relación a los efectos del acto ilícito en relación con la víctima, desde un punto de vista privado, mientras que el artículo 6 RR-II lo hace en relación al mercado, desde un punto de vista público. Por lo tanto, parece que la ley que regula la estructura de funcionamiento de un mercado, que tiene una naturaleza pública, será la que regule las consecuencias privadas en forma de indemnizaciones derivadas de la infracción de tales reglas de organización del mercado.

27. La aplicación de la ley del mercado justifica por qué el precepto impide que las partes elijan la ley aplicable a las consecuencias privadas de la vulneración del Derecho de la competencia, según lo dispuesto en el artículo 14.1 a RR-II³⁵. Las acciones privadas derivadas de esta vulneración, son una consecuencia de las reglas públicas de funcionamiento del mercado, y siguen su mismo destino conflictual. La regulación del mercado se compone tanto de reglas públicas como privadas, y no parece lógico que un comportamiento anticoncurrencial quede sujeto a una ley estatal en lo que respecta a las normas públicas, y a otra ley estatal diferente, en lo que respecta a las normas privadas³⁶.

28. En los casos en que existan varios demandados, el perjudicado puede presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de cualquiera de los demandados³⁷, según establecen

³³ Señala que el concepto de restricción de la competencia debe cubrir las prohibiciones de acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas, y las prácticas concertadas que tengan por objeto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior; así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, cuando dichos acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los artículos 81 y 82 del Tratado CE, o por la legislación de un Estado miembro.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 166

³⁵ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 406.

³⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, p. 1355.

³⁷ STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459.

los artículos 4 y 8.1 RB I-bis, aunque existe el peligro del *forum shopping*. Se trata, de manera simultánea, de un foro de competencia judicial internacional y de un foro de competencia territorial interna.

II. 1. El Reglamento Bruselas I bis

29. El RB I-bis constituye la piedra maestra del espacio judicial europeo, y proporciona el marco jurídico básico de la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil de alcance patrimonial³⁸. En Europa, un demandante que quiera iniciar una acción contra una empresa en un asunto transnacional, derivada de una infracción de las normas de competencia, deberá basarse en el DIPr europeo para determinar el juez competente y se regirá por lo que establece el RB I-bis. El funcionamiento adecuado de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y que se dicten resoluciones irreconciliables.

30. Efectivamente, en defecto de foros de competencia judicial exclusiva o sumisión por las partes, el foro del domicilio del demandado constituye el criterio general de atribución de competencia, como establece el artículo 4 del RB I-bis. La jurisprudencia del TJUE sigue un principio general, según el cual, todas las demandas tendentes a que se declare la responsabilidad de un demandado, darán lugar a la aplicación de alguno de los criterios de competencia especial previstos en el artículo 7 del RB I-bis.

31. El artículo 7.1 a del RB I-bis establece que “una persona domiciliada en un Estado miembro, podrá ser demandada en otro Estado miembro 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”. Huelga destacar que el Reglamento se aplicará cuando el demandado sea europeo y no de un tercer Estado. En este último supuesto, habrá que acudir a la LOPJ si no hubiera ningún Tratado Internacional en vigor entre las partes.

32. Cuando se trate de una compraventa de mercaderías, la demanda se presentará “ante los tribunales del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías”, según lo establece el artículo 7.1 b RB I-bis. Se designa de forma autónoma el lugar de cumplimiento de un contrato, valorando la obligación que caracteriza el contrato principal. De esta manera, se centralizan todas las disputas que pudieran surgir en torno al mismo contrato, para que conozca de ellas un único tribunal.

33. Ahora bien, el artículo 7.1 del RB I-bis no define el contrato de compraventa de bienes, ni el de prestación de servicios, por lo que podría haber dificultades de interpretación en relación a demandas del Derecho de la competencia. El artículo 7.1 RB I-bis otorga la competencia judicial internacional a los tribunales en los que se hubiere, o debiere haber cumplido la obligación en cuestión. Así, el TJUE determina que la obligación a tener en cuenta es aquella que corresponda con el derecho contractual en el que se base la demanda.

34. La materia delictual o cuasidelictual se prevé explícitamente en el artículo 7.2 RB I-bis, y comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual, en el sentido de lo previsto en el artículo 7.1 del RB I-bis. Las pautas dadas para la materia delictual o cuasidelictual son las que el TJUE ofrece para la obligación extracontractual, en el marco del RR-II, como se establece en las sentencias *Handte*, *Ceská sporitelna* y *Ergo Insurance*, entre otras.

35. Se regula un foro especial en materia de obligaciones extracontractuales previsto en el artículo 7.2 RB I-bis que será “el lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”.

³⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 67.

Como señala la doctrina³⁹, el artículo 7.2 establece “un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial”, que otorga competencia a los tribunales de un concreto lugar determinado, y no solo a los tribunales de un Estado miembro.

La existencia de este foro se justifica porque son tribunales próximos al litigio⁴⁰, y se reducen los costes de litigación para las partes. Además, este foro no persigue favorecer a ninguna de las partes en el litigio, ni a la presunta víctima, ni al presunto causante y/o responsable del presunto daño. Al fin y al cabo, el lugar donde se ha producido el hecho dañoso es el lugar donde, seguramente, se deberán recabar pruebas, datos y hechos que serán necesarios para que los tribunales puedan resolver el litigio.

36. La competencia judicial, prevista en el artículo 7.2 del RB I-bis, se refiere simultáneamente al lugar donde se ha producido el daño y al lugar donde se originó el nexo causal del daño. Como señala la sentencia *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide* (CDC)⁴¹, la regla competencial se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha, entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencias a éstos, por razones de buena administración de justicia y de correcto funcionamiento del proceso.

37. Cuando se producen las infracciones más graves a las normas de defensa de la competencia, es decir, los cárteles, el lugar del hecho causal puede ser, el de la constitución del cártel (aunque puede ocurrir que no sea tan fácil identificar un único lugar, porque el cártel se haya constituido, tras diferentes reuniones mantenidas, en diversos Estados miembros de la UE), o podría ser el lugar donde el perjuicio se haya manifestado, o donde la empresa haya sufrido el daño. Ello nos conduce al problema de que un mismo hecho causal puede producir daños en varios países⁴², lo que nos conduce a la *tesis del mosaico*, que sigue el TJUE⁴³.

38. Respecto a lo previsto en el artículo 7.2 del RB I-bis, y según lo razonado por el TJUE en la sentencia *CDC*, 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, “el hecho dañoso se ha producido respecto de 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 constituido el cártel, o el tribunal del lugar en el que fue concluido un arreglo pacífico, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social”⁴⁴. El propio Tribunal considera que el domicilio social de la víctima es el mejor posicionado para conocer de la demanda⁴⁵.

39. Asimismo, el TJUE, en la sentencia *CDC*, resuelve, respecto al artículo 8.1 del RB I-bis, y señala que “la concentración de competencias, en caso de pluralidad de demandados, podría aplicarse

³⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1288 y 1289.

⁴⁰ STJUE, 25 octubre 2012, C-133/11, *Folien Fisher*, ECLI:EU:C:2012:664, § 33.

⁴¹ STJUE, 21 mayo 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide* (CDC), ECLI:EU:C:2015:335; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 82 y 95-96.

⁴² 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 620-629.

⁴³ La “tesis del mosaico” significa que solo será competente el tribunal del país donde se hayan producido los daños, lo que significa que el demandante, para obtener la reparación total, deberá acudir de tribunal en tribunal; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 96.

⁴⁴ STJUE, 21 mayo 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide* (CDC), ECLI:EU:C:2015:335, § 56.

⁴⁵ A este respecto, como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, hay opiniones contrarias a la solución dada por el TJUE, porque consideran que se debe anteponer el foro competencial del mercado dañado, pensando en proteger a los consumidores, frente al foro del domicilio social de la víctima; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 98.

en el caso de una acción por la condena solidaria al pago de una indemnización contra empresas que han participado de forma diferente, por la dimensión geográfica y temporal de una infracción única y continuada de constitución de un cártel; incluso si el demandante ha desistido de su acción frente al único codemandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto”.

Efectivamente, el artículo 8.1 RB I-bis establece que si hubiera una pluralidad de demandados, porque se tratara de la constitución de un cártel, y los participantes del mismo pertenecieran a diferentes Estados miembros, “la demanda se podrá interponer ante el tribunal de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas, y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables, si los asuntos fueran juzgados separadamente”.

Si hubiera un cártel, la demanda se podría interponer ante cualquiera de los Tribunales de las empresas que hubieran participado en el mismo. Así ha quedado avalado por las sentencias *Painer*⁴⁶ y *Sapir*⁴⁷. Esta regla debe interpretarse de manera restrictiva, porque es una excepción al domicilio del demandado, como regla general. Y también debe interpretarse de manera autónoma. Se busca promover la economía procesal, el ejercicio de una buena administración de justicia, reducir al máximo la posibilidad de procedimientos concurrentes y evitar resoluciones contradictorias. Por contraposición, para el demandado, a veces se puede encontrar en la tesitura de tener que litigar fuera del Estado de su domicilio o de su sede⁴⁸.

40. En última instancia, será el juez nacional quien decida si las cuestiones que se planteen ante su tribunal responden a las normas del Derecho de la competencia de la UE o no, con independencia de que afecten al mercado del foro o no. Esta solución parece la más adecuada, teniendo en cuenta que el Derecho de la competencia se aplica más allá de las fronteras de cada Estado miembro, y el mercado geográfico afectado puede ser más amplio que el territorio de los Estados miembro de la UE.

41. Por último, el RB I-bis no establece de forma clara la competencia judicial internacional respecto a las demandas que pudieran surgir de los acuerdos horizontales entre los competidores. En este tipo de reclamaciones, se deberá analizar la competencia judicial internacional, caso a caso, dependiendo de cada situación.

2. El Reglamento Roma II

42. Cuando se habla de infracciones al Derecho de la competencia, es cierto que puede haber alguna vinculación contractual en algún caso específico, pero lo habitual es que se regule dentro de la materia extracontractual⁴⁹, y por lo tanto, según lo dispuesto en el RR-II. Antes de analizar este Reglamento con detalle, se van a destacar los aspectos más importantes del RR-I, para no desmerecerlo y por tenerlo en consideración dentro del análisis.

43. La regla general para establecer la ley aplicable a las obligaciones contractuales es la libre voluntad de las partes, según establece el artículo 3.1 RR-I. Respecto a las implicaciones que esta norma tiene para la legislación de competencia, Garcimartín Alférez declara que, como el Derecho de la competencia protege el mercado y no puede quedar a expensas de la voluntad de las partes, se excluye la autonomía de la voluntad de las partes en estos supuestos.

⁴⁶ STJUE, de 1 diciembre 2011, C-145/10, *Painer*; ECLI:EU:C:2013:138; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Pluralidad de demandados y tutela de la propiedad intelectual tras la sentencia Painer*, fecha publicación 5.12.2011, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

⁴⁷ STJUE, de 11 abril de 2013, C-645/11, *Sapir*; ECLI:EU:C:2013:228; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Un apunte sobre el fuero de la pluralidad de demandados*, fecha publicación 15.04.2013, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

⁴⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 104.

⁴⁹ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 7, Nº 1, 2015, p. 201; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 9.

Por lo tanto, el RR-I se extiende a todas las obligaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil, entre las que se encuentran las acciones derivadas por ilícitos anticompetitivos, que se basan en contratos de compraventa de productos, distribución y/o servicios. Por lo tanto, podrían surgir demandas sobre la validez de un contrato y su nulidad e ilegalidad, por ser contrario al Derecho de la competencia.

Los contratos, que infrinjan las normas del Derecho de la competencia, pueden llegar a tener un alcance internacional si cuentan con elementos extranjeros y/o surten efectos internacionales. Las acciones basadas en suministros transnacionales o en relaciones comerciales entre empresas situadas en distintos Estados o terceros países, podrán llegar a tener ese carácter internacional.

44. Si la demanda se basa en un cártel que opera a nivel nacional, habrá que analizar si existen elementos objetivos internacionales, tales como la entrega de la mercancía en otro Estado⁵⁰. Pero lo que parece claro es que las infracciones a la competencia, y en concreto, la constitución de cárteles, queda expresamente excluido del RR-I, según su artículo 1. 2 h, y desvía estas materias, por su carácter residual y negativo, a la regulación prevista en el RR-II.

Entre otras características, el RR-II “tiene una perspectiva conflictual, pretende acabar con el *forum shopping*, potencia la seguridad jurídica, la certeza legal y el principio de previsibilidad legal y fomenta la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la UE. Todo ello, unido a su carácter *erga omnes*, su interpretación europea y la obligada remisión material a las normas del país”⁵¹.

45. En los casos de infracciones a las normas de defensa de la competencia, en muchos casos, el mercado afectado coincidirá con el domicilio del consumidor afectado, por lo que el Derecho aplicable estará relacionado con el fondo del asunto; y el juez estará muy bien posicionado para conocer del asunto, debido a la cercanía de las pruebas y de los hechos. El demandante deberá tener en cuenta que el pleito se regirá por la ley del Estado en el que se encuentre el establecimiento que haya provocado los daños, y que probablemente coincida con el del mercado afectado.

46. El hecho de que el Derecho de la competencia sea un pilar de la política económica de los Estados miembros y forme parte del interés público, puede provocar que a los tribunales les resulte especialmente difícil decidirse por una legislación u otra, en este tipo de situaciones. Y esto lleva a la doctrina a preguntarse si un tribunal nacional puede, en una disputa civil, analizar el conflicto de leyes sobre las normas de competencia y su alcance territorial, y en particular, su aplicación extraterritorial⁵².

A veces, en circunstancias excepcionales, ciertas consideraciones de interés público justifican que los tribunales de los Estados miembros aleguen razones de orden público o leyes de policía. Efectivamente, el artículo 9 del RR-I regula las leyes de policía y los artículos 101 y 102 del TFUE, que regulan el Derecho de la competencia, tienen esa categoría. Las normas materiales imperativas no pueden ser excluidas por mutuo acuerdo de las partes y deben primar sobre las demás, porque son de aplicación obligatoria. El Derecho de la competencia tiene sus propias normas para determinar el ámbito de aplicación de una norma, valorando los criterios del mercado; se determinará de forma unilateral, e incluso extraterritorial, y será considerada ley de policía de obligado cumplimiento.

En ocasiones, un contrato contrario al artículo 101 TFUE puede generar consecuencias que perjudiquen a un contratante. En dichos supuestos, la ley reguladora del contrato, que estará determinada por el RR-I, regirá las consecuencias de la contrariedad de dichos contratos en el Derecho de la competencia, y los daños que una parte del contrato pueda reclamar a los responsables. En estos casos, resulta operativo el foro sobre materia contractual recogido en el artículo 7.1 RB I-bis y no el previsto en el artículo 7.2 RB I-bis, que es el aplicable en los casos, más frecuentes, de ilícitos *antitrust* extracontractuales⁵³.

⁵⁰ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 360-362.

⁵¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 147-149.

⁵² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1353-1356.

⁵³ *Ibidem*, p. 1356.

47. El Reglamento Roma II, por su parte, representa todas las obligaciones que no se refieren a un acuerdo voluntario entre las partes y aparece como un complemento necesario del RR-I. Los artículos 1.1 y 1.3 del RR-II establecen el ámbito material, y disponen que se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, cuando exista un conflicto de leyes. Sin embargo, señala, que no se aplicará a las materias administrativas, lo que excluye las resoluciones que dicten las autoridades de competencia.

48. El artículo 4.1 RR-II establece la norma general que dice que “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la del país donde se produce el daño, con independencia del país donde se hubiere producido el hecho generador del daño, cualquiera que sea el país o países donde se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. Asimismo, el artículo 4.2 RR-II matiza que “cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país, en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país”.

49. El RR-II tiene una particularidad importante respecto a la normativa de defensa de la competencia. En su artículo 6.3 contiene una norma de conflicto específica para aquellas acciones basadas en infracciones del Derecho de la competencia, y además, se le asigna un alcance internacional que no tienen el resto de normas previstas en los Reglamentos de DIPr.

El artículo 6.3 RR-II establece que “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado”. El artículo 6.3 RR-II parece una aclaración del artículo 4 RR-II, donde el mercado afectado coincide con el lugar del daño, aunque en ocasiones, el mercado afectado y el lugar del daño no coincidirán, por lo que el artículo 6.3 RR-II se convertirá en *lex specialis*. Por su parte, el considerando 21 del RR-II establece que la norma especial del artículo 6 no constituye una excepción a la norma general del artículo 4.1, sino una aclaración a ésta.

El artículo 6.3 se contextualiza dentro de la aplicación privada del Derecho de la competencia, que apuesta por la aplicación privada, como vía paralela a la aplicación pública, encomendada a las autoridades de competencia. Una buena parte de las acciones civiles que se deriven de una infracción a las normas de defensa de la competencia y en especial, aquellas que se deriven de un cártel, tendrán carácter delictual, por lo que el Derecho aplicable a las mismas se regirá por lo previsto en el artículo 6.3 del RR-II. A este respecto, la sentencia *Verein y Amazon*, del TJUE, razona de la misma manera.

Entre las dificultades que plantea el artículo 6.3 RR-II, destaca que se pueden emplear normas de conflicto distintas para la aplicación de las normas de mercado que tienen un carácter público y las normas delictuales que se encuadran en el Derecho privado. Además, las normas de mercado europeas y nacionales y su ámbito de aplicación no son idénticos⁵⁴, por lo que resulta obligado preguntarse qué es realmente una obligación extracontractual por una infracción del Derecho de la competencia.

50. El artículo 6.3 b RR-II se considera la *norma de concentración*, según la cual, el demandante puede optar por la ley del foro, siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos. Las obligaciones extracontractuales, que se derivan de las restricciones a la competencia en el artículo 6.3 RR-II, deberán cubrir las infracciones tanto del Derecho nacional como del Derecho europeo en materia de competencia. La legislación aplicable a esas obligaciones extracontractuales debe ser la del país cuyo mercado se vea o pueda verse afectado, con tal que el efecto sea directo y sustancial. Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, el demandante puede optar por basar su demanda en la legislación del órgano jurisdiccional ante el que presenta la demanda⁵⁵.

51. El Derecho europeo sólo regula la prohibición de las conductas y no sus consecuencias civiles. Es decir, las posibles acciones por daños y perjuicios se regularán, si lo están, en el Derecho civil de

⁵⁴ Considerando 22 del Reglamento Roma II.

⁵⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 653-654; considerandos 22 y 23 del RR-II.

cada Estado. Por ello, tal y como ha establecido el TJUE, habrá que complementar la normativa europea con la nacional.

La aplicación del Derecho de la competencia por parte de las autoridades de competencia nacionales y de la Comisión Europea quedará excluida del Reglamento, porque son asuntos administrativos, y no civiles o mercantiles, como prevé el RR-II. Si que quedará afectada por el RR-II la aplicación privada del Derecho de la competencia y siempre que haya una sentencia o resolución firme que produzca efectos vinculantes en el plano civil⁵⁶.

El ámbito de aplicación del RR-II es universal, como prevé su artículo 3 RR-II, puesto que cubre situaciones con independencia de su conexión a la UE; además de determinar la ley aplicable, con independencia de que ésta sea la de un Estado miembro o no. No obstante, el ámbito de aplicación del artículo 6.3 RR-II parece limitarse a distorsiones de la competencia que hayan afectado al mercado europeo. Según el principio de afectación comunitaria, el artículo 6.3 b RR-II sólo se aplicará a demandas planteadas ante los tribunales de un Estado miembro

52. De todo lo expuesto, se desprende que la regla general es la prevista en el artículo 6.3 a RR-II para las demandas por actos que restringen la libre competencia, es de ámbito universal y de aplicación uniforme. Por su parte, el artículo 6.3 b se considerará una ley especial que se aplicará cuando el alcance de la infracción afecte a varios Estados miembros, es opcional, de ámbito europeo y diseñado exclusivamente para acciones contra cárteles.

53. Al analizar la sentencia *Cartel Damage Claims*, en el artículo 8.1 RB I-bis, se establece un criterio que promueve la concentración de las demandas ante un único tribunal. Si se interpreta este artículo 8.1 RB I-bis, junto con el artículo 6.3 RR-II, los Reglamentos de DIPr cobran un significado especial. El artículo 6.3 b del RR-II establece, que cuando se presenta una demanda frente a más de un demandado ante el tribunal del domicilio de uno de ellos, el demandante puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, lo que le permite eludir las dificultades inherentes a la aplicación de distintas legislaciones de varios países en un mismo proceso. Este es un ejemplo claro de cómo se complementan los Reglamentos de DIPr para lograr una interpretación coherente de los mismos; y en el caso concreto de las acciones de indemnización contra los distintos miembros de un cártel, alcanza todo su significado⁵⁷.

54. Por su parte, el artículo 6.1 del RR-II consagra la regla particular, relativa a las obligaciones extracontractuales, que se deriven de actos de competencia desleal, y establece la aplicación de la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia, o los intereses colectivos de los consumidores, resulten o puedan resultar afectados. Para la sentencia *Verein y Amazon*, el país en que los intereses colectivos de los consumidores resultan afectados, según el artículo 6.1 del RR-II, es el país en el que residen los consumidores a los que la empresa dirige sus actividades, y cuyos intereses son defendidos por la asociación de protección de los consumidores.

Por lo tanto, se debe distinguir, por un lado, la apreciación de las cláusulas afectadas, y por otro, la acción de cesación del uso de dichas cláusulas. Esta distinción se impone para asegurar una aplicación uniforme de los RR-I y RR-II. En efecto, en el procedimiento individual iniciado por un consumidor, la ley aplicable, como ley del contrato, puede ser diferente de la designada como aplicable, como ley delictual, a la acción de cesación.

55. El TJUE va más allá al declarar en la sentencia *Verein y Amazon* que “la ley aplicable a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22 que protege los intereses de los consumidores, debe determinarse con arreglo al artículo 6.1 del RR-II, cuando se invoca la violación de una legislación destinada a proteger los intereses de los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas en las condiciones generales de venta; mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual

⁵⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1353-1356.

⁵⁷ P. DE MIGUEL ASENSIO, *Acciones de indemnización frente a cárteles: precisiones en materia de competencia judicial internacional*, 25 de agosto de 2015, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>.

dada debe determinarse siempre con arreglo al RR-I, en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva”⁵⁸.

56. Por su parte, la Directiva 2014/104/UE⁵⁹ se refiere tan sólo a ciertos aspectos sobre las acciones de daños y perjuicios por infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE. Y la transposición de la Directiva en España, a través del RD-Ley 9/2017, tampoco ha aportado mucha luz a estas cuestiones porque se ha limitado a transponer el contenido material de la Directiva de daños.

III. Las leyes de policía

57. Las leyes de policía se regulan en el artículo 9 del RR-I, y son aquellas leyes de un Estado, con las que el contrato presenta determinados vínculos y que resultan aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Se trata de normas de imperatividad reforzada y de orden público internacional.

El artículo 9 RR-I las protege⁶⁰ y las define como “una disposición cuyo respeto en un país se considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato”.

58. Al hablar de las leyes de policía, es obligatorio citar a Guardans Cambó que fue el *precursor* de éstas con una publicación que vio la luz unos meses después de que se aprobara el Convenio de Roma de 1980, donde se regularon por primera vez las leyes de policía, en su artículo 7.

Guardans Cambó las clasificaba de diferentes maneras. Según la eficacia de las normas, podían ser interna o internacionalmente imperativas. Interesan las normas internacionales, aquellas que son aplicables en el Estado en que han sido dictadas con independencia del Derecho rector de la obligación. Las reglas imperativas podían contener en sí mismas una declaración expresa del legislador que les atribuía ese carácter, o bien podía desprenderse de su contenido o finalidad, pero el carácter imperativo de una norma debía buscarse exclusivamente en la voluntad de su autor⁶¹. A este respecto, la doctrina discrepa porque si se hace eso, se corre el riesgo de atribuir al legislador una voluntad que igual no tiene.

59. En la jurisprudencia, no existía un antecedente que determinara la aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas extranjeras, porque se reducía a la propia discrecionalidad del órgano jurisdiccional que conociera de las mismas, y normalmente, tendía a aplicar las normas de su propio ordenamiento.

60. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo⁶² consideran, que al hablar de la aplicación de las leyes de policía, se tiene que tratar de Estados estrechamente vinculados con el contrato y de disposiciones materiales de imperatividad reforzada, que se puedan aplicar cualquiera que sea la ley que rija el contrato, porque las leyes de policía no son necesariamente normas de Derecho nacional o autónomo. También se les llama normas *ordopolíticas* y de protección, cuya consideración como normas de policía es obligatoria⁶³.

61. Antes de tomar la decisión de aplicar las leyes de policía de terceros Estados, es muy importante identificar el valor de protección o interés público que subyace en la norma imperativa, pues solo cabe su aplicación cuando ese valor o finalidad sea reconocido como legítimo en el propio sistema jurídico del juez: protección del consumidor, de la libre competencia, del medioambiente, etcétera.

⁵⁸ STJUE, C-191/15, *Verein*, ECLI:EU:C:2016:612, § 58.

⁵⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 16- 17 y 22.

⁶⁰ A.P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ JENE, M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS, P.P. MIRALLES SANGRO, E. PÉREZ VERA y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Derecho Internacional Privado*, UNED 2.ª ed., Madrid, 2016, pp. 647 y 648.

⁶¹ I. GUARDANS CAMBÓ, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 565-568.

⁶² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 548-549.

⁶³ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 380-383.

Mucho más difícil es valorar las consecuencias de la aplicación que el juez debe ponderar, porque las consecuencias sobre las partes contratantes no pueden tener una importancia absoluta, dado que la aplicación de dichas normas se fundamenta en un interés público que justifica el límite a la autonomía de la voluntad. Lo que se pretende es evaluar un equilibrio entre los intereses de las partes en la ejecución del contrato, y el juego de los intereses públicos en presencia que oriente al juez, “hacia una solución graduada y ponderada a las circunstancias del caso concreto, sin perder de vista una aplicación restrictiva de las mismas”⁶⁴.

62. Las normas internacionalmente imperativas pueden pertenecer al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, la *lex fori* según el artículo 9.2 RR-I, o al Derecho del país de ejecución del contrato, según el artículo 9.3 RR-I. Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, para que una ley sea de policía, debe reunir: “un elemento normativo estructural, porque son disposiciones imperativas; un elemento funcional, porque su función es regular situaciones jurídicas internacionales, cualquiera que sea la ley reguladora de la misma; y por último, un elemento material que implique la protección del interés público y/o general dentro de la organización política, social y económica de un Estado”.

En la identificación de las normas de policía, destacan las normas de defensa de la competencia o normas que protegen el acceso al mercado de los operadores económicos, y las normas de control de sectores económicos estratégicos, o especialmente protegidos. Será cada Estado el que determine, de manera autónoma, el ámbito de aplicación de su ley de policía.

63. Un Estado no puede dotar a su normativa interna de una aplicación internacional, de modo que sea aplicable a los contratos internacionales solo porque dicha normativa así lo indique, o solo porque el legislador estatal califique su propia normativa como ley de policía. Para que eso ocurra, debe tratarse de una norma imperativa que exija su aplicación al caso y al contrato en cuestión, no debe ser de libre disposición por las partes, y los intereses públicos que protege deben quedar salvaguardados⁶⁵. La ley de policía debe indicar que su aplicación procede en casos internacionales y con independencia de cuál sea la ley que rige el contrato, según las normas de conflicto del RR-I. Y debe tratarse de una “disposición esencial para la salvaguarda de los intereses públicos de un Estado como su organización política, social o económica”. No basta con que el legislador diga que es esencial, debe ser esencial.

Los legisladores nacionales suelen regular imperativamente situaciones nacionales, y se olvidan de concretar si tales normas son aplicables o no al tráfico internacional. El artículo 9 RR-I es claro al requerir que la ley de policía debe exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato. Para que estas normas internacionalmente imperativas del Derecho del foro resulten aplicables al contrato internacional, deben indicar expresamente su proyección a casos internacionales. Porque si no lo hacen, sólo se aplicarán a casos internos.

64. Por vía interpretativa, no pueden crearse leyes de policía que el legislador no previó. Es necesaria una acción legislativa porque si no, se puede atribuir al legislador una intencionalidad que quizás no tiene. En última instancia, todo dependerá del juez competente que precisará si, a su juicio, una norma interpretativa es internacionalmente imperativa y se aplica a casos internacionales. Esta idea coincide con la jurisprudencia del TJUE, en la sentencia *Unamar*, que otorga discrecionalidad al juez nacional para determinar si se está ante una ley de policía, o no.

65. El TJUE se pronuncia en la sentencia *Nikiforidis*⁶⁶ y establece, en relación con los contratos internacionales, que el artículo 9.3 del RR-I no se aplica, pero que si se puede (y debe) tener en cuenta una ley de policía extranjera como circunstancia de hecho.

⁶⁴ C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 606.

⁶⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., Volumen II, Granada, Comares, 2016, pp. 1023-1027.

⁶⁶ STJUE, 18 octubre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774.

La sentencia *Nikiforidis* resulta crucial para fijar el alcance del artículo 9.3 RR-I, porque lo hace de un modo que limita el significado práctico de las modificaciones introducidas por el artículo 9.3 del RR-I. El litigio principal, en el marco del cual se plantea la cuestión, es muy peculiar; en concreto, la posibilidad de que un tribunal alemán dé efecto a medidas griegas para la reducción del déficit en relación con la rebaja del salario de los empleados del sector público, respecto de un profesor de una escuela de primaria situada en Alemania y gestionada por Grecia, cuando la ley aplicable al contrato de trabajo es la ley alemana.

El RR-I sólo contempla la posibilidad de dar efecto a las leyes de policía del país en donde las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse, o han sido ejecutadas, y no de cualquier país con el que la situación tenga una conexión; y además, tal posibilidad sólo se admite en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal.

La aportación básica de la sentencia *Nikiforidis*, con respecto a la interpretación del artículo 9.3 del RR-I, consiste en aclarar que esa norma “no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato... lo prevea”.

66. En síntesis, el Tribunal de Justicia establece que la mera toma en consideración de la ley extranjera, a diferencia de su aplicación en sentido propio, atañe a la aplicación de las normas materiales de la ley que rige el contrato, que, a su vez, tendrán en cuenta la norma extranjera como circunstancia de hecho, de modo que no es propiamente una cuestión conflictual que venga determinada por el RR-I⁶⁷. La inseguridad jurídica y la falta de previsión que se asocia con la posibilidad de dar efecto a normas imperativas de ordenamientos diversos, sólo se plantea en caso de aplicación en sentido propio de esas normas, no cuando se trata de “su toma en consideración”⁶⁸.

67. De Miguel Asensio⁶⁹ señala, como ejemplo, en la línea de la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de marzo de 2016⁷⁰. La Audiencia Provincial toma en consideración, sin hacer referencia al RR-I, normas internacionalmente imperativas rusas, que responden a objetivos no compartidos por nuestro ordenamiento, como elemento de hecho relevante a la hora de decidir sobre una demanda de resolución de contrato e indemnización; y en concreto, al valorar, en relación con un acuerdo entre partes españolas y regido por el Derecho español que debía ser ejecutado en Rusia, si la entrada en vigor de ciertas normas internacionalmente imperativas rusas había dado lugar a una situación de imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, parece que *la mera toma en consideración* de las leyes de policía de otros países no representa una complicación mayor.

68. Respecto a la imperatividad de las normas, se considera que el Derecho europeo de defensa de la competencia previsto en los artículos 101 y 102 del TFUE, son leyes de policía que deberán primar sobre las demás, aunque sean las de un país extranjero. Este tipo de normas regulan los cárteles, las infracciones a la competencia, las prácticas restrictivas del mercado y el abuso de posición de dominio⁷¹.

69. La sentencia *Courage y y Crehan* reconoce que el artículo 101 TFUE constituye una norma fundamental, que “es esencial para el cumplimiento de los objetivos confiados a la UE y para el funcionamiento del mercado interior, además de formar parte de la política pública y vincular a las empresas”⁷².

⁶⁷ STJUE 18 octubre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, § 54.

⁶⁸ P. DE MIGUEL ASENSIO, *Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados*, fecha publicación 18.10.2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

⁶⁹ P. DE MIGUEL ASENSIO, *La sentencia Nikiforidis y la toma en consideración de normas imperativas extranjeras en los contratos internacionales: un ejemplo de la práctica española*, fecha publicación 19.10.2016, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>.

⁷⁰ SAP Madrid, de 30 de marzo de 2016, ECLI:ES:APM:2016:4159.

⁷¹ J.C FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 653-656.

⁷² STJUE de 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

El ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE incluye también acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que no tienen domicilio en la UE, pero cuyo acuerdo se implementa en la UE. Las normas europeas de competencia se caracterizan por tener efectos extraterritoriales, al igual que la Ley Sherman⁷³, que se ha aplicado extraterritorialmente, en algunas ocasiones.

70. No obstante, la situación que se genere podría originar problemas, cuando la relación jurídica se extendiera a varios países. En ese caso, se le podrían aplicar distintas normas de competencia en función de los mercados que se vean afectados por la conducta. Conforme a lo previsto en los artículos 9.1 y 9.2 del RR-I, el juez nacional tendrá que aplicar los artículos 101 y 102 TFUE, si el acuerdo ha sido implementado en la UE y tiene efectos sobre la competencia o el mercado interno europeo, aunque las partes hayan optado por el Derecho de un tercer país.

El lugar de implementación del acuerdo es el factor principal, que permitirá al juez aplicar las leyes de policía de un tercer país. No obstante, si la legislación del tercer país permitiese una conducta prohibida por la legislación de competencia europea, el artículo 9.3 RR-I señala que la normativa de competencia del tercer país no tendrá efecto en cuanto que el mercado europeo quede afectado por la conducta. Estos problemas se evitarían si el artículo 9.3 RR-I garantizase que la normativa de defensa de la competencia europea solo se va a aplicar en aquellos casos en los que el litigio tenga vinculación con la UE⁷⁴.

IV. Consideraciones finales

Primera. Los Reglamentos de DIPr resultan cruciales para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable, cuando se está ante infracciones al Derecho de la competencia con elementos transfronterizos. Y facilitan su comprensión ante la infracción más grave al Derecho de la competencia, los cárteles, cuando producen consecuencias en varios Estados miembros, o cuando se han constituido por empresas que pertenecen a distintos Estados miembros.

Segunda. Desde un punto de vista calificadorio, las infracciones al Derecho de la competencia se considerarán materia extracontractual⁷⁵, y se regularán por el artículo 7.2 del RB I-bis, y por el RR-II, en la línea de lo que previsto por la sentencia *Lithuanian Airlines*⁷⁶, que señaló que las relaciones jurídicas de responsabilidad derivada de daños a terceros constituyen casos de responsabilidad en materia delictual o cuasi delictual, y no de materia contractual, a efectos del RB I-bis; de lo que se desprende que el artículo 7.2 RB I-bis cubre un amplio espectro que incluye los daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia y competencia desleal dentro de tu aplicación privada.

Tercera. Las sentencias *Cartel Damage Claims*, *Painer* y *Sapir* facilitan la comprensión del artículo 8.1 del RB I-bis, que plantea la competencia judicial internacional en los supuestos de infracciones a las normas de competencia, y en concreto, cuando se constituye un cártel y hay que dirigirse a una pluralidad de demandados ante la posibilidad de ejercitar una acción colectiva contra los cartelistas o empresas que han constituido el cártel.

Cuarta. El RR-II tiene una particularidad importante respecto a la legislación aplicable a la normativa de defensa de la competencia. Su artículo 6.3 prevé una norma de conflicto específica para aquellas acciones basadas en infracciones del Derecho de la competencia, y además, se le asigna un alcance internacional que no tienen el resto de las normas previstas en los Reglamentos de DIPr.

⁷³ Primera ley de competencia que se aprobó en Estados Unidos, en 1890.

⁷⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 25.

⁷⁵ Pocas veces podrá considerarse que hay infracciones a la legislación de competencia dentro del ámbito contractual, no es lo habitual, pero sí es posible por lo que será necesaria una interpretación justificada y razonada en cada caso.

⁷⁶ STJUE, de 23 octubre 2014, C-302/13, *Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 28.

El artículo 6.3 a RR-II se muestra como la regla general de ámbito universal y de aplicación uniforme, mientras que el artículo 6.3 b resulta una ley especial que se aplica cuando el alcance de la infracción afecta a varios Estados miembros, con carácter opcional, de ámbito europeo y diseñada exclusivamente para acciones contra cárteles.

El artículo 6.3 b RR-II recoge los supuestos de concentración legal en el caso de acciones colectivas transfronterizas. Cuando la conducta afecte, o pueda afectar, al mercado de varios países, el artículo 6.3 b RR-II trata de evitar la multiplicación y facilita la aplicación de una ley única. En primer lugar, se aplicará la ley del domicilio del demandado, y en segundo lugar, la *lex fori*. Por lo tanto, parece que la ley que regula la estructura de funcionamiento de un mercado que tiene una naturaleza pública, será la que regule las consecuencias privadas, en forma de indemnizaciones derivadas de la infracción de tales reglas de organización del mercado.

Quinta. El artículo 9 RR-I regula las leyes de policía, y el Derecho europeo de defensa de la competencia previsto en los artículos 101 y 102 del TFUE es considerado ley de policía. Por lo tanto, no puede ser excluido por mutuo acuerdo y debe primar sobre la ley elegida por las partes, porque es de aplicación obligatoria; incluso deberá primar sobre las normas de un país extranjero. Este tipo de normas materiales imperativas regulan los cárteles, las infracciones a la competencia, las prácticas restrictivas del mercado y el abuso de posición de dominio, y así lo avala la jurisprudencia del TJUE en la sentencia *Courage y Crehan*.

No obstante, para seguir aclarando las dudas y la interpretación que deba darse a los Reglamentos de Derecho internacional privado, en relación con las infracciones a las normas de defensa de la competencia, seguirá siendo necesaria y crucial la jurisprudencia del TJUE para orientar a los operadores jurídicos y, muy especialmente, a los legisladores nacionales.

LA IDENTIFICACIÓN DE LOS MENAS Y EL TUTOR VOLUNTARIO EN ITALIA: ¿UN MODELO A ASUMIR POR LA UE?

THE IDENTIFICATION OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS AND THE VOLUNTARY GUARDIAN IN ITALY: AN EXAMPLE TO BE FOLLOWED BY THE EU?

FRANCESCA TASSINARI

*Becaria pre-doctoral del Departamento de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Granada*

Researcher ID: H-5751-2018

ORCID ID: 0000-0003-4487-7130

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4632>

Resumen: La Ley italiana núm. 47 de 2017, sobre disposiciones en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados, constituye el primer texto normativo que contempla de manera unificada la tutela de menas en la UE. Por un lado, esta ley establece un procedimiento multidisciplinar de identificación del menor y de determinación de la minoría de edad (art. 5). Por otro, destaca la figura del «tutor voluntario», institución protectora de los menas que llegan al territorio italiano (art. 11). Sin embargo, la falta de coordinación entre los estados miembros amenaza la eficacia práctica de estas previsiones normativas, cuya fuerza vinculante se queda ceñida al territorio italiano. Se plantea, entonces, la necesidad de armonizar las diferentes prácticas estatales a través de una intervención legislativa europea.

Palabras clave: MENAs, identificación, tutor voluntario, Italia, Unión Europea.

Abstract: The Italian Law n. 47 of 2017 on dispositions upon protection measures of foreign unaccompanied minors, represents the first normative text, which contemplates, in a uniform way, the protection of unaccompanied minors in the EU. On one side, it establishes a multidisciplinary proceeding for the identification of the minor and for the determination of his/her minor age (art. 5). On the other, it stand out the legal figure of a «volunteer guardian», institution that protect unaccompanied minors who arrive at the Italian territory (art. 11). However, the lack of coordination among Member States threatens the practice efficacy of those legal provisions, which coercive force is confined through the Italian territory. We discuss upon the need of harmonizing the different states' practices through a legislative intervention of the EU.

Keywords: unaccompanied foreign minors, identification, volunteer guardian, harmonisation, Italy, European Union.

Sumario: I. Introducción. II. La identificación de los MENAs, el establecimiento de la minoría de edad y la asignación del tutor. 1. Mecanismos de identificación y de determinación de la edad de los MENAs: un problema de reconocimiento entre Estados miembros. 2. La profesionalización del tutor y su relación con el MENA tutelado como herramienta de protección preventiva. III. Breve

* La presente comunicación se inserta dentro del Proyecto I+D+I DER2016-75573-R: “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”, del Ministerio de Economía y Competitividad y financiado con fondos FEDER (UE).

introducción a la protección de los MENAs en el sistema de normas de la UE. 1. Normas generales y normas específicas de protección del menor en el derecho internacional. 2. La tutela de los MENAs solicitantes de protección internacional en la UE y el sistema europeo común de asilo (SECA). IV. El «modelo italiano» y la nueva Ley núm. 47 de 2017. 1. El procedimiento «multidisciplinar» de identificación de los MENAs y la determinación de la minoría de edad. 2. El tutor voluntario: ¿un paso más allá de la tutela jurídica? V. Conclusión.

I. Introducción

1. Durante el año 2017, en la Unión Europea (UE) 31.400 demandas de asilo fueron presentadas por parte de un colectivo de personas especialmente vulnerable¹: los Menores Extranjeros No Acompañados (MENAs). Hoy en día, los solicitantes de protección internacional que no llegan a los 18 años constituyen el 15% de todas las demandas presentadas. A pesar de que la gran mayoría roza los 18 años (un 77% tiene entre los 16 y los 17 años), el número de menores de 14 años va en aumento². Entre ellos, destacan los nacionales afganos (17%), eritreos (10%), gambianos (8%), guineanos (7%), paquistaneses (6%) y, finalmente, los sirios (6%)³.

2. El elevado número de MENAs que recientemente ha llegado al territorio continental europeo está suscitando una fuerte preocupación por parte de las autoridades nacionales especialmente afectadas. El mayor número de demandas de protección internacional presentadas por MENAs el pasado 2017 ha sido registrado en Italia: más de 10.000, es decir, el 32% de todas las solicitudes registradas en los Estados miembros de la UE. Sin embargo, el número de MENAs que se halla en Italia es mucho más amplio, puesto que solamente los menores que presentan demanda de protección internacional son registrados. Hace poco más de un año (agosto 2017), de entre los 18.479 MENAs que se hallaban en Italia, 17.210 eran hombres y 1.262 mujeres; entre ellos, el 93% tenía una edad de 15-17 años, el 6.4% de 7-14 años y el 0.6% de 1-6 años⁴. Sin embargo, no podemos olvidar que Italia es un mero país de primera acogida y de tránsito de la mayoría de los MENAs que llegan a la UE. De hecho, los niños y niñas migrantes que alcanzan nuestras costas mediterráneas, tienen un proyecto de vida mucho más amplio que el de quedarse en los países europeos meridionales. En virtud de tales ambiciones, muchos de ellos abandonan los centros de acogida que los detienen, impacientes por poder reunirse con algún conocido suyo en otro Estado miembro o, simplemente, para realizar sus propios sueños en un país que les ofrezca una mejor calidad de vida. Es suficiente recordar que a finales de octubre 2017, 5.509 MENAs habían desaparecido de los centros de primera acogida italianos⁵. Sin embargo, la falta de cooperación entre los Estados en este ámbito impide hacer un verdadero seguimiento sobre ellos a nivel europeo. El resultado es que muchos menores migrantes desaparecen, abandonados a su destino. Por consiguiente, esa preocupación originariamente estaba limitada a los pocos países europeos directamente afectados y paulatinamente se ha ido extendido hasta involucrar a la mayor parte de los Estados miembros de la UE.

3. Los MENAs son individuos de reconocida y especial vulnerabilidad por ser migrantes⁶; por ser menores de 18 años y no estar acompañados, o estar separados de la persona que ejercía el deber

¹ EUROSTAT NEWS RELEASE, *Asylum applicants considered to be unaccompanied minors*, 16 de mayo de 2018, fuente pública <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8895109/3-16052018-BP-EN.pdf/ec4cc3d7-c177-4944-964f-d85401e55ad9> (último acceso al 18.07.2018). El número sigue siendo alarmante aunque ha bajado notablemente respecto a los años precedentes: la mitad del año anterior (63.200 en total) y casi un tercio de las presentadas en 2015 (95.200).

² UNICEF, *Uprooted The growing crisis for refugee and migrant children*, Mayo 2015, Figura 1.1, p. 18, disponible en el siguiente enlace https://www.unicef.org/publications/files/Uprooted_growing_crisis_for_refugee_and_migrant_children.pdf (último acceso al 29.09.2018).

³ EUROSTAT NEWS RELEASE, *Asylum applicants ...*, *cit. sub nota* núm. 1.

⁴ N. PAVESI Y G. GIULIO VALTOLINA, “Best practices in the Reception of Unaccompanied Minors in Italy”, en V. CESAREO, *The Twenty-third Italian report on Migration 2017*, pp. 79-89 (disponible en el siguiente enlace <http://www.ismu.org/wp-content/uploads/2018/03/XXIII-Report-on-migrations-2017-1.pdf>. último acceso al 29.09.2018) versión abreviada de la edición italiana FONDAZIONE ISMU, *Ventitreesimo rapporto sulle migrazioni 2017*, Franco Angeli, Milán, 2017.

⁵ N. PAVESI Y G. GIULIO VALTOLINA, “Best practices...”, *op. cit. sub nota* núm. 4, p. 80.

⁶ Comité de Derechos del Niño (CRC), Observación general conjunta No. 3 del Comité sobre los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias (CMW) y No. 22 del CRC, párr. 3 y 40, disponible en <http://www.refworld.org/docid/5a1293a24.html>, último acceso al 29.09.2018.

de responsabilidad o el derecho de custodia sobre ellos⁷. En virtud de esas características, los MENAs deben ser destinatarios de una tutela jurídica específica y más garantizadora que la comúnmente establecida en la normativa europea de protección de los derechos humanos fundamentales⁸. Es el caso, por ejemplo, del derecho fundamental a una vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁹ (CEDH); que protege y permite, con mucha agilidad y flexibilidad reunificar a un MENA con su familia¹⁰. Tanto es así que en la nueva Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)¹¹, también denominado Reglamento Dublín IV, se conservará una norma de protección específica para los MENAs solicitantes de protección internacional que llegan al territorio de la UE¹². Concretamente, el art. 8 priorizará la individualización e identificación de los familiares y de las demás personas responsables del MENA en cuestión, para atribuir la responsabilidad de analizar la demanda de protección internacional al mismo Estado que les esté acogiendo; cuando, por el contrario, un MENA se encuentra efectivamente solo, y no haya ninguna persona responsable de él en toda la UE, el Estado miembro competente para analizar su demanda de protección internacional será el Estado en el que él se encuentre¹³. Estas reglas de reparto de competencia solo podrían derogarse en virtud del principio supremo y fundamental del interés superior del menor; principio consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el de 20 de noviembre 1989¹⁴, y luego confirmado en sus protocolos facultativos¹⁵.

⁷ A esta situación podría añadirse un cuarto factor de vulnerabilidad adoptando la perspectiva de género: abusos sexuales, matrimonios forzados y mutilaciones genitales, que constituyen solo algunos de los peligros a los que se enfrentan las niñas menores migrantes y refugiadas. *Vid.* Council of Europe, Child-Friendly Information for Children in Migration, Febrero 2018, disponible al siguiente enlace <https://rm.coe.int/child-friendly-information-for-children-in-migration-roundtable-confer/168078b512> (último acceso al 29.09.2018).

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the protection of children in migration, April 2017, *COM(2017) 211 final*, *vid.* https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170412_communication_on_the_protection_of_children_in_migration_en.pdf (último acceso al 29.09.2018)

⁹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564- 23570.

¹⁰ En concreto, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*D.O.U.E.*, n.º L 251, de 03.10.2003 p. 0012 – 0018) impone a los Estados miembros la obligación de autorizar la entrada y residencia de los MENAs con fines de reagrupación familiar (art. 10. 3 a).

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), Mayo 2016, *COM(2016) 270 final*.

¹² El Reglamento Dublín IV sustituirá al Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), *D.O.U.E.* n.º L 180, de 29.06.2013 p. 31-59, también conocido como Reglamento Dublín III.

¹³ Para un análisis de la evolución del art. 8 en el sistema Dublín *vid.* R. PALLADINO, “Il minore straniero non accompagnato nel sistema comune europeo d’asilo”, en C. FRATEA e I. QADRANTI, *Minori e Immigrazione: quali Diritti?*, Verona, Edizioni scientifiche italiane, 2015, pp. 89-113.

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre 1989, *Treaty Series* No. 27531, Vol. 1577 (p. 3). Se trata del Tratado Internacional que ha recibido el mayor número de rectificaciones en la historia de Naciones Unidas: 195 Estados partes al día de hoy (20.07.2018). En España tiene eficacia desde el 05.01.1991, «BOE» núm. 313, lunes 13.12.1990, pp. 38897-38904; en Italia desde el 05.10.1991, rectificada por la L. 27 maggio 1991, n. 176, *GU* n.135 del 11-6-1991 - Suppl. Ordinario n. 35., art. 3(1) y las opiniones del Comité de los Derechos del Niño (CRC): Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), disponibles en el siguiente enlace <http://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51ef9aa14> (último acceso al 29.09.2018) y Comité de Derechos del Niño (CRC), Observación general conjunta No. 3 del Comité sobre los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias (CMW) y No. 22 del CRC, párr. 3 y 40, *vid.* nota núm. 6.

¹⁵ En orden cronológico se recuerdan: el art. 8.3 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 25 de mayo de 2000, *Treaty Series* No. 27531, Vol. 21171 (p. 227), publicado en el «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2002, páginas 3917 a 3921 (5 págs.); el preámbulo del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en

4. Sin embargo, al situarnos en una perspectiva garantista internacional de tutela de los derechos humanos y, concretamente, a favor de la defensa de los derechos y libertades de los MENAs que se encuentran en la UE, no podemos considerarnos satisfechos del nivel de protección otorgado a los MENAs que diariamente se mueven por nuestros territorios. En concreto, dos cuestiones problemáticas siguen poniendo en desacuerdo a los países de la UE: 1) por un lado, la ausencia de un único procedimiento en la UE de identificación de los MENAs indocumentados y, sobre todo, del establecimiento de su minoría de edad; y 2), por otro lado, la inexistencia de un mecanismo común que garantice a cada niño o adolescente inmigrante la asignación de un tutor independiente y especializado, capaz de representarle, apoyarles y defenderles en todos los actos jurídicos y no jurídicos en los que su intervención no sólo es oportuna sino necesaria. Los dos aspectos señalados se manifiestan de la siguiente forma. Por un lado, la falta de reconocimiento de las decisiones en materia de identificación y determinación de la edad de los MENAs está avalando la ejecución de devoluciones irregulares que atentan a la prohibición absoluta de no devolución de los menores entre Estados miembros de la UE (punto II.1.). Por otro lado, el lento y farragoso procedimiento a través del cual se asigna al MENA un tutor responsable (el cual, por su parte, no suele recibir una adecuada formación profesional) impide realizar un seguimiento efectivo sobre los MENAs que encuentran en el territorio UE y, finalmente, adoptar una estrategia eficaz contra la proliferación de redes de tráfico ilegal de migrantes (punto II.2.).

5. Desde una lectura sistemática del sistema de fuentes actualmente en vigor en el contexto internacional y regional de la UE, se desprende la existencia de un marco jurídico europeo particularmente caótico, pues, no existe, a día de hoy, un instrumento jurídico, internacional y/o europeo vigente en materia de MENAs en la UE (punto III.). La fragmentación legislativa actual es parcialmente atenuada por las directrices de la Oficina de Soporte Europeo al Asilo (EASO)¹⁶ y las de la Agencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)¹⁷. Se trata, sin embargo, de instrumentos de *soft law* que por su naturaleza no son vinculantes. De hecho, éstos mismos consiguen una importante fuerza persuasiva solamente a través de la recopilación de algunos de los principios fundamentales consagrados en textos legislativos, internacionales y supranacionales, con fuerza vinculante.

6. Por su parte, los ordenamientos jurídicos nacionales y las legislaciones internas desarrolladas por los Estados miembros intentan resolver las problemáticas planteadas por la presencia de numerosos MENAs en sus territorios (punto IV.). A tal efecto, el ordenamiento jurídico italiano resulta especialmente interesante. Primero, porque a día de hoy Italia es el Estado miembro con el mayor número de llegadas de MENAs. Segundo, porque la Ley actualmente en vigor, la núm. 47 de 2017 de disposiciones en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados¹⁸, que es el primer texto unificado en la materia en toda la UE, destaca por encima de los demás países gracias a la novedad, originalidad y oportunidad de las soluciones aportadas. Por un lado, porque pone en marcha un procedimiento holístico-multidisciplinar de identificación de los MENAs garantizador de sus derechos fundamentales (punto IV.1.); y, por otro, porque introduce la figura jurídica del «tutor voluntario», es decir, personal voluntario previamente formado para asumir la guardia y custodia de los MENAs que se encuentran acogidos en el territorio italiano (punto IV.2.). Es por estas razones que el «modelo italiano» podría resultar muy útil a la hora de adoptar una regulación armonizadora en la UE.

los conflictos armados, 25 de mayo de 2000, *Treaty Series* No. 27531, Vol. 2173 (p.222), publicado en el «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2002, páginas 14494 a 14497 (4 págs.); y, finalmente, el preámbulo y los arts. 2 y 3 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, 19 de diciembre de 2011, *Treaty Series* No. 27531, Vol. no disponible, publicado en el «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2014, páginas 6453 a 6462 (10 págs.).

¹⁶ Practical Guide on age assessment, Second edition, *EASO Practical Guides Series*, 2018, disponible al siguiente enlace <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf> (último acceso al 30.09.2018).

¹⁷ UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, Febrero 1997, disponible al siguiente enlace <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html> (último acceso al 30.09.2018).

¹⁸ Legge 7 aprile 2017, n. 47, Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati, (17G00062) (*GU* n.93 del 21-4-2017).

7. De hecho, las medidas adoptadas por parte de un ordenamiento jurídico nacional en concreto no son suficientes para resolver *tout court* tanto el problema de la identificación como el de la representación de los MENAs en la UE. En este sentido, la Ley italiana núm. 47 de 2017, aunque pueda considerarse actualmente la legislación más avanzada en materia de MENAs en toda la UE, no puede por sí sola llegar a proteger de forma satisfactoria a todos los niños y niñas migrantes que se encuentran en su territorio. El nivel de integración normativa alcanzado por la UE, especialmente en el espacio de libre circulación de personas, hace que la respuesta legislativa al fenómeno de los MENAs deba proceder de una iniciativa de la propia Comisión europea, pues, se impone la necesidad de una regulación homogénea que armonice las legislaciones nacionales actualmente en vigor (punto V.). Es evidente que una regulación europea común a todos los Estados miembros aportaría soluciones mucho más estables que las ofrecidas de forma aislada por cada ordenamiento jurídico interno.

8. Sin embargo, en ese panorama idílico de cooperación supra-estatal se debe tomar en cuenta el clima de desconfianza que actualmente envuelve a los países miembros de la UE después del estallido del desafío de la crisis migratoria del siglo XXI. De hecho, la difusión de actitudes políticas nacionalistas y populistas podría representar un obstáculo importante para el logro de una regulación europea en materia de MENAs. En ese sentido, cabe señalar la reciente promulgación del Decreto Ley núm. 113, de 4 de octubre de 2018¹⁹ (también denominado “Decreto Salvini” del actual Presidente del Gobierno italiano) que acaba de eliminar definitivamente una de las formas de protección anteriormente garantizada por el ordenamiento jurídico italiano (i.e. la “protección humanitaria”²⁰). En respuesta, la Asociación para los Estudios Jurídicos sobre Inmigración (ASGI)²¹ ha denunciado la manifiesta ilegalidad constitucional del Decreto, ya convertido en ley el pasado 1 de diciembre de 2018²².

II. La identificación de los MENAs, el establecimiento de la minoría de edad y la asignación del tutor

9. Dentro de las lagunas normativas particularmente graves de cara a la protección de los MENAs en la UE, en el seno de la Comisión Europea dos cuestiones en concreto están suscitando un fuerte debate²³. Se trata, por un lado, de la imposibilidad de identificar de forma fehaciente a los MENAs que acuden a nuestros territorios sin documentación alguna; obstáculo debido al carácter inadecuado de las

¹⁹ Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113, Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (18G00140).

²⁰ Art. 5. 6 del Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (GU n.191 del 18-8-1998 - Suppl. Ordinario n. 139), en adelante T.U. en materia de inmigración. La protección humanitaria era una tercera forma de tutela de carácter residual respecto a las dos formas de protección internacional actualmente existente en la UE (i.e. el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria); su fundamento jurídico se encontraba en la propia Constitución italiana (arts. 2 y 10.2). Sobre su alcance y contenido *vid.* V. MARENGONI, «Il permesso di soggiorno per motivi umanitari», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, núm. 4, 2012, pp. 59-86.

²¹ A día de hoy, ASGI se define como un “network de personas” comprometidas para proteger los derechos e implementar la integración de las personas migrantes; *vid.* la página web al siguiente enlace <https://www.asgi.it> (último acceso al 11.11.2018).

²² Legge 1 dicembre 2018, n. 132, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate (18G00161) (GU n.281 del 3-12-2018). Sobre el asunto, *vid.* ASGI, Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste del Decreto-Legge 4 ottobre 2018, n. 113, 15 octubre de 2018; y, también, la opinión del abogado prof. A. PACE, *Parere pro-veritate sulla legittimità costituzionale del cd. Decreto legge “sicurezza e immigrazione”*, Roma, 18 de octubre de 2018. Archivos disponibles al siguiente enlace: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/sicurezza-immigrazione-decreto-scheda-operatori/> (último acceso al 11.11.2018).

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *La protección de los menores migrantes*, COM (2017) 211 final, 12.4.2017, disponible al siguiente enlace (<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-211-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>) (último acceso al 29.09.2018).

técnicas médico-científicas utilizadas para determinar la minoría de edad de esas personas. Y, por otro, la falta de personal especializado para abordar las vulnerabilidades planteadas por esos menores.

10. En su Comunicación del 12 de abril de 2017, la Comisión afirma la urgente necesidad de identificar y registrar cada menor migrante que llega al territorio de la UE. La Comisión reconoce que los métodos y procedimientos de determinación de la edad varían enormemente entre un Estado miembro y otro, y que estos últimos no siempre se ajustan a las directrices dictadas por la EASO. Esta circunstancia, afirma la Comisión Europea, puede dar lugar a «evaluaciones de edad innecesarias» y a la utilización de «medios invasivos» de determinación de la edad. Desde la primera fase de identificación y registro del menor, continúa, debería encontrarse presente una persona responsable de la protección del menor. La Comisión denuncia la existencia de deficiencias importantes en el funcionamiento de representación de los MENAs en de los Estados miembros, entre las cuales destaca: la falta de profesionales cualificados y la necesidad de evitar que los intereses comerciales puedan prevalecer sobre la protección de los menores.

11. En los siguiente epígrafes se analizarán las preocupaciones manifestadas por la Comisión y, concretamente: la identificación y determinación de la edad de los MENAs y la asignación rápida de un representante legal altamente cualificado.

1. Mecanismos de identificación y de determinación de la edad de los MENAs: un problema de reconocimiento entre Estados miembros

12. Cuando una persona extranjera llega al territorio de la UE desprovista de documentos de identidad, una cuestión preliminar fundamental para que se le pueda aplicar la normativa específica sobre MENAs es la determinación de su minoría de edad²⁴. A tal efecto, para la consecución de una política europea sobre menores lo más protectora posible, la UE se preocupa de: individualizar aquellos MENAs que se declaran falsamente mayores de edad (por ejemplo, para poder tener acceso al mundo laboral, de forma legal o no) tanto como revelar aquellos adultos que se declaran menores de edad (siendo el sistema de acogida mucho más generoso)²⁵.

13. A pesar de las insistentes recomendaciones de la EASO y de la ACNUR sobre la implementación de un método holístico-multidisciplinar común, a día de hoy, el procedimiento de identificación de los MENAs difiere de un Estado miembro a otro²⁶. Las técnicas médicas más difundidas pueden ser sin rayos-X (la observación dental; la prueba de la muñeca y el desarrollo físico) o con rayos-X (la prueba del carpo; la del cuello y la dental también)²⁷. Sin embargo, ninguna de esas técnicas es fiable al 100% al contemplar un margen de error entre uno y dos años de edad²⁸. Es por ello que, en su Guía práctica de 2018, la EASO recomienda empezar el procedimiento con el uso de la técnica menos invasiva posible

²⁴ Otro aspecto importante que, sin embargo, no será objeto de la presente comunicación, es el del mantenimiento de la minoría de edad a lo largo de todo el procedimiento de presentación y análisis de la demanda de protección internacional. Para profundizar *vid.* European Council of Refugees and Exiles (ECRE), ECRE/Elena Legal Note on ageing out and family reunification, Junio 2018, disponible al siguiente enlace (<https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/06/Legal-Note-4.pdf> (último acceso al 30.09.2018)).

²⁵ *Vid.* STEDH, 5 de febrero de 2015, *A.M.E. v. The Netherlands*, 51428/10, disponible <http://www.refworld.org/cases,ECHR,54d4e4274.html> (último acceso al 15 de agosto 2018), sobre el caso de un menor de Somalia que solicitó protección internacional primero en Italia declarándose falsamente adulto y, luego, en los Países Bajos revelando su minoría de edad.

²⁶ *Vid.* Anexo IV, EASO, Practical Guide ..., p. 5, *cit. sub nota* núm. 16.

²⁷ Tanto el método Marshall Tanner e Whitehouse (TW method) como el método Greulich and Pyle (GP method) fueron experimentados durante el siglo XX sobre niños y niñas británicos y estadounidenses respectivamente; lo que no toma en consideración ni la incidencia del bienestar económico, ni el diferente desarrollo puberal de cada generación. *Vid.* N. LOUIS ATTALLAH y W. A. MARSHALL, "Estimation of Chronological Age from Different Body Segments in Boys and Girls Aged 4-19 Years, Using Anthropometric and Photogrammetric Techniques", *Medicine, Science and the Law*, n. 2, Vol. 29, 1989.

²⁸ *Vid.* A. AYNLEY-GREEN, T.J. COLE, H. CRAWLEY, N. LESSOF, L.R. BOAGY y R.M.M. WALLACE, "Medical, statistical, ethical and human rights considerations in the assessment of age in children and young people subject to immigration control", *British Medical Bulletin*, 102, 2012.

(«*a gradual implementation of methods*»)²⁹ y equilibrar el nivel de precisión del resultado con el grado de invasión de la técnica utilizada³⁰.

14. Esta descoordinación es particularmente grave si pensamos que, a menudo, los MENAs abandonan el centro en el que están acogidos para desplazarse libremente en el territorio de la UE. De hecho, al menor le será atribuida una identidad y/o una edad diferente dependiendo del sistema de identificación y atribución de la edad adoptado y, por consiguiente, estos datos podrán ser diferentes según el país en el que se encuentre. La disfunción sistemática es tan evidente como para mermar la buena cooperación entre autoridades y, por ende, el principio de la confianza mutua entre los Estados miembros³¹.

15. En la última Guía práctica de la EASO se alerta de la importancia de que los Estados miembros favorezcan el mutuo reconocimiento de las decisiones adoptadas tras la realización del procedimiento de identificación y determinación de la edad³². Es por ello que la información transmitida de un Estado a otro debe ser completa e incluir los métodos aplicados tanto como el razonamiento que ha dado lugar al fallo final. La Memoria Oficial sobre determinación de la edad de los menores elaborada por Save The Children de 2012³³ resulta del mismo tenor al señalar que el reconocimiento recíproco entre Estados miembros de las decisiones de determinación la edad de los MENAs es fundamental para el buen funcionamiento del sistema Dublín.

16. La situación descrita tiene consecuencias nefastas; caso ejemplar es el de Ventimiglia, ciudad situada en la frontera noroeste entre Italia y Francia³⁴. En esta zona, a partir del verano de 2015, el Estado francés restableció los controles fronterizos para impedir a los migrantes y refugiados entrar de forma irregular en su territorio³⁵; aquellos que sí lo consiguen, en cambio, se enfrentan al cuerpo de

²⁹ Desde un punto de vista médico *vid.* A. HIJERN, M. BRENDLER-LINDQVIST Y M. NORREDAM, “Age assessment of young asylum seekers”, *Acta Paediatrica*, V. 101, Issue 1, Enero 2012, pp. 4-7.

³⁰ BASO, Practical Guide ..., *cit. sub nota* núm. 16.

³¹ *Vid.* P. SCHLOSSER, “Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation” en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 284, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2000; M. D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, 2ª ed., Aranzadi, 1997, p. 244; H. AGUILAR GRIEDER, “Cooperación Judicial Internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 308, 2010, pp. 308-338.

³² EASO, Practical Guide ..., *cit. sub nota* núm. 16. Por el contrario, a día de hoy, los Estados miembros no están vinculados por ningún instrumento de Derecho internacional privado que les obligue a reconocer esas decisiones. De hecho, la capacidad (*vid. infra* nota núm. 46) es un asunto que está excluido del ámbito de aplicación material tanto del Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, art. 1 (*D.O.U.E.* n.º L 338 de 23/12/2003 p. 0001 - 0029), como del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (ratificado por España el 2 de diciembre de 2010, *B.O.E.* núm. 291, sec. I, pág. 99837-99868). En este sentido P. LAGARDE explica que la capacidad puede entrar en el ámbito del Convenio solamente de forma indirecta, es decir, como cuestión prejudicial a la cuestión principal planteada, y que de todas formas deberá resolverse según las normas de Derecho Internacional privado internas del Estado de la autoridad requerida; *vid.* P. LAGARDE, Informe explicativo del *Convenio de la Haya de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental de medidas de protección de los niños*, XVIII sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Holanda, disponible en el siguiente enlace <https://www.childabduction.com/wp-content/uploads/02-Informe-explicativo-1996.pdf> (último acceso al 10.10.2018).

³³ SAVE THE CHILDREN, Separated Children in Europe Programme, *Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children*, 2012, p. 11; disponible en el siguiente enlace: <http://www.scepnetwork.org/images/16/163.pdf> (último acceso al 14.10.2018).

³⁴ *Vid.* INTERSOS AIUTO IN PRIMA LINEA, “I minori stranieri non accompagnati lungo il confine settentrionale italiano”, 2017, disponible al siguiente enlace: <https://www.intersos.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto-MSNA.pdf> (último acceso al 25.07.2018); INTERSOS AIUTO IN PRIMA LINEA, “Minori stranieri non accompagnati; dal monitoraggio della frontiera di Ventimiglia, quadro gravissimo”, disponible en el siguiente enlace: <https://www.intersos.org/minori-stranieri-non-accompagnati-dal-monitoraggio-della-frontiera-ventimiglia-quadro-gravissimo/> (último acceso al 11.07.2018) y INTERSOS AIUTO IN PRIMA LINEA, “INTEROS per i diritti dei migranti al confine italo-francese”, disponible en el siguiente enlace: <https://www.intersos.org/intersos-diritti-dei-migranti-al-confine-italo-francese/> (último acceso al 11.07.2018).

³⁵ El restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores está revisto en el Capítulo II del Reglamento

policía francés que a menudo les maltrata y humilla, antes de devolverles sin demora a Italia³⁶. El 25% de ellos son MENAs, sobre todo de nacionalidad sudanesa (44%) y eritrea (11%): niños y niñas que suelen llevar marcas evidentes de las torturas sufridas a lo largo de su ruta migratoria, especialmente en Libia³⁷. Ellos también son constantemente devueltos a Italia³⁸ con la consecuente violación tanto de la normativa interna francesa, como de la europea e internacional³⁹. Es así que la situación en Ventimiglia es cada vez más precaria: muchos migrantes yacen en el lecho del río Roja; viven debajo de un puente y, posiblemente, se instalan lo más cerca posible a la estación ferroviaria, una de las vías de escape más utilizadas para cruzar la frontera. Las condiciones de vida son pésimas: por la falta de bienes de primera necesidad como agua potable y corriente; servicios higiénicos y calefacción durante el invierno.

17. En primer lugar, cabe señalar la existencia de la prohibición absoluta de *refouler* a los MENAs: en ningún caso, ni siquiera de forma indirecta, un menor puede ser devuelto hacia aquellos países en los que existe un temor fundado de que pueda ser víctima de un perjuicio irreparable⁴⁰. De forma más específica, es importante recordar que en el contexto del SECA a los MENAs solicitantes de asilo no se les aplica la regla del «primer país de acogida» por la cual el Estado miembro competente para analizar la demanda de protección internacional es aquel en el cual se haya presentado la solicitud correspondiente (art. 8 del Reglamento Dublín III). Por el contrario, el Estado miembro responsable se determina “en función del interés superior del menor” (art. 8.3 del Reglamento Dublín III). Finalmente, podríamos observar que si un MENA consigue huir del Estado miembro de acogida, el segundo Estado al que se dirige podría/debería concluir que el sistema de acogida tiene unas deficiencias sistemáticas contrarias a la protección efectiva de sus derechos fundamentales⁴¹. El Código francés de entrada y residencia de los extranjeros y del derecho de asilo, de 22 de marzo 2013⁴², en cambio, sí permite de alguna forma la

(CE) no 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), *D.O.U.E.* L 105/1, 03.04.2006.

³⁶ OXFAM BRIEFING PAPER, *Se questa è Europa: La situazione dei migranti al confine italo francese*, junio 2018; enlace disponible en https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2018/06/Se-questa-è-Europa_BP_15giugno2018.pdf (último acceso al 14.10.2018).

³⁷ *Ibidem* nota *supra*.

³⁸ Tanto es así que muchos MENAs llegan a prostituirse al no tener dinero suficiente para asegurarse el paso de la frontera (*vid. A. GIUFFRIDA*, “Migrant Children sexually exploited to “pay” for Italy-France crossing, says charity”, *The Guardian*, 2.07.2018 disponible en el siguiente enlace <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/29/migrant-children-sexually-exploited-in-italy-france-crossing>, último acceso al 12.10.2018).

³⁹ Las organizaciones humanitarias INTERSOS, ASGI, Terres des Hommes Italia, Oxfam Italia, Caritas Diocesana di Ventimiglia- Sanremo y Diaconia Valdese han presentado una letra a la Comisión Europea pidiendo a ésta última de verificar si las autoridades francesas e italianas han violado la normativa europea y abrir, en su caso, un procedimiento de infracción ex art. 258 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.* C326/49, 21 de octubre 2012. Consulta la letra al enlace siguiente: <https://www.asgi.it/famiglia-minori/francia-ventimiglia-minori-stranieri-non-accompagnati-lettera-commissione-europea/> (último acceso al 25.07.2018).

⁴⁰ Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas (CRC), *Observación general No. 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6, disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3eb72> (último acceso al 10.10.2018). *Vid. A. FARMER*, “A commentary on the Committee on the Rights of the Child’s Definition of Non-Refoulement for Children: Broad Protection for Fundamental Rights”, *Res Gestae*, Paper 8, 2011.

⁴¹ Esa argumentación deriva de una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el “mal funcionamiento” del sistema de competencia establecido en el Regl. Dublín IV. Es razonable pensar que el TJUE puede ampliar, por vía analógica, dicha interpretación a los demás ámbitos relacionados con la materia migratoria. *Vid. STJUE* 21 de diciembre de 2011, *N.S.*, C-411/10 y C-493/10, *ECLI*, p. 94: «[...] incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al «Estado miembro responsable» en el sentido del Reglamento n° 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta». Esta posición podría tener consecuencias perversas para el principio de confianza mutua de la UE, sobre todo después de su fuerte debilitamiento a raíz de las deficiencias del sistema Dublín (*vid. infra*). Así Alemania decidió suspender toda devolución de MENAs hacia Grecia, que no fuera amparada en una reagrupación familiar (UNCHR, *UNCHR Position on the Return of Asylum-Seekers to Greece under the “Dublin Regulation”*, p. 21, núm. 31, Abril 2008, disponible en el siguiente enlace <http://www.refworld.org/docid/4805bde42.html> (último acceso al 22.08.2018).

⁴² Arts. L213-2 y L221-5, Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, version consolidée á 22 mars 2013, disponible al siguiente enlace: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158&dateTexte=20130322> (último acceso al 24.07.2018).

ejecución de devoluciones de menores. Sin embargo, el Código establece que al MENA siempre se le debe asignar un tutor legal y que la devolución del territorio francés puede ejecutarse a partir de las 24 horas sucesivas a su detención. Por tales razones, la devolución de los MENAs de Francia hacia Italia podría ser legítima siempre y cuando no fuera contraria al principio del interés superior del menor y que: ésta se ejecutara después de las 24 horas desde su detección; se asignara al menor un representante legal y, finalmente, se le diera la posibilidad de presentar una demanda de protección internacional.

18. Estos requisitos no suelen ser respetados. Así lo demuestra el caso de un joven eritreo de 12 años que en enero de 2018 fue detenido por la policía francesa en Mentone-Garavan; el menor fue devuelto en seguida. El abogado defensor decidió, entonces, presentar recurso ante el Tribunal Administrativo de Niza demandando la anulación del procedimiento de devolución llevado a cabo por las autoridades francesas. Efectivamente, el Tribunal estableció que las garantías legales a favor de los MENAs habían sido violadas (decisión del 22 de enero 2018). Sucesivamente, el Tribunal recomendó al Prefecto francés de los Alpes-Marítimos que se pusiera en contacto con las autoridades italianas para que el menor pudiese volver a entrar en Francia en un plazo de tres días⁴³. Y, además, impuso a la policía francesa la obligación de asignar al menor un tutor legal e informarle de que, por medio de su representante o por sí solo, habría podido solicitar protección internacional.

19. A raíz de ese primer recurso, se han presentado al menos otros veinte más, pendientes ante el Tribunal de Niza a 23 de febrero de 2018⁴⁴. Sin embargo, la policía francesa continúa asumiendo una política de cierre de fronteras contraria a la protección de los derechos de las personas inmigrantes. En concreto, es frecuente que las autoridades francesas atribuyan la mayoría de edad a migrantes que acreditan ser menores de edad a través de documentación fehaciente. Incluso, para legitimar dichas devoluciones, la policía llegaría a falsificar las fechas de nacimiento en los documentos presentados por los MENAs⁴⁵.

2. La profesionalización del tutor y su relación con el MENA tutelado como herramienta de protección preventiva

20. Otro requisito legal *conditio sine qua non* para que una persona migrante sea calificada como MENA es la necesidad de que éste sea acompañado por ningún representante. Esta condición descende del establecimiento de su minoría de edad a través de uno de los procedimientos de identificación *supra* analizados y que, por lo visto, pueden resultar más o menos fehacientes. El no cumplimiento del requisito de la mayoría de edad⁴⁶, prohíbe a cualquier menor de edad desarrollar actos jurídicos vinculantes para cuya eficacia sea indispensable la capacidad de obrar. De ahí que la elección de un representante legal es un requisito imprescindible para cualquier persona menor de edad, MENAs incluidos.

⁴³ Tribunal Administrativo de Niza, decisión núm. 180095 de 22 de enero 2018, [http://www .anafe.org/IMG/pdf/jrta_nice_22_janvier_2018_m_h_anafe_no1800195-2.pdf](http://www.anafe.org/IMG/pdf/jrta_nice_22_janvier_2018_m_h_anafe_no1800195-2.pdf) (último acceso al 24.07.2018)

⁴⁴ <https://www.lacimade.org/presse/frontiere-franco-italienne-associations-avocat-e-s-respecter-droit-enfants-etrangers-de-vant-tribunal-administratif-de-nice/> (último acceso al 09.10.2018).

⁴⁵ Para más informaciones *vid.* <https://www.politis.fr/articles/2018/04/visite-surprise-delus-a-la-police-aux-frontieres-de-menton-38617/> y <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/12/french-police-accused-of-falsifying-migrant-childrens-birth-dates> (último acceso al 25.07.2018).

⁴⁶ El concepto jurídico de mayoría de edad se identifica con la obtención de la denominada “capacidad de obrar”, es decir la idoneidad para negociar contratos que desplieguen efectos en su esfera jurídica privada (*vid.* A. TORRENTE y P. SVHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Ed. 23ª, Giuffrè Editore, Milán, 2017, p. 99). Aunque en la casi totalidad de los países la UE (excepto Escocia) la mayoría de edad se alcanza al cumplir los dieciocho años (<http://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/age-majority>, último acceso al 01.10.2018), los Estados son libres de establecer una edad diferente. Para saber si un MENA que llega a nuestros territorios posee o no dicha calidad tendremos que remitirnos a las normas de conflicto de Derecho internacional privado. En el caso de Italia, por ejemplo, el art. 23 de la Legge 31 maggio 1995, n. 218 Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (*GU* n.128 del 3-6-1995 - Suppl. Ordinario n. 68) aplica la *lex originis*, es decir, la ley nacional de la persona. Sin embargo, cuando los orígenes del menor sean desconocidos se aplica el art. 19, el cual establece que la ley aplicable es la del domicilio o la de la residencia (i.e. los dieciocho años ex art. 2 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, Approvazione del testo del Codice civile. (042U0262) (*GU* n.79 del 4-4-1942), en adelante Cc).

21. Sin embargo, el tema de la representación y tutela de los MENAs es una cuestión mucho más delicada de lo habitual. A día de hoy, la mayor parte de los Estados miembros se han limitado a trasladar sus antiguas instituciones legales en materia de tutela y representación civil de las personas incapacitadas a los MENAs. El resultado se ha demostrado fuertemente perjudicial, pues, las personas designadas como responsables se revelan a menudo incapaces de relacionarse con las problemáticas específicas planteadas por los MENAs⁴⁷; especialmente cuando el representante coincide con el gestor del centro de acogida⁴⁸. Por el contrario, es recomendable que los tutores dirigidos al cuidado de los MENAs sean profesionales: personal previamente formado y sensible hacia las vulnerabilidades propias de ese colectivo de personas⁴⁹.

22. A esa “profesionalización”, se le debe añadir otra pauta fundamental, de cara al procedimiento de asignación. A diferencia de los casos de tutela general, la elección del tutor de un MENA tiene que ser “urgente y rápida”: en primer lugar, porque el MENA debe ser prontamente identificado y, en segundo lugar, porque se le debe informar sobre su derecho a presentar una demanda de protección internacional. Lo ideal sería, entonces, que ese representante fuera una persona física e independiente, instruida respecto a las problemáticas a las que esos MENAs se enfrentan diariamente y cuya asistencia se desplegara desde el momento de su llegada a nuestro territorio (i.e. durante la totalidad del procedimiento de identificación).

23. La instauración de un eficiente y eficaz sistema de representación legal de los MENAs tiene otra importante función: el establecimiento de una relación de confianza entre el MENA y el tutor. Dicha relación de cercanía e intimidad podría resultar doblemente útil: por un lado, representaría una herramienta fundamental para la realización de un seguimiento efectivo sobre los MENAs en toda la UE; y, por otro lado, frenaría el impulso del menor de abandonar de repente el centro de acogida. Pensamos que los últimos datos de niños desaparecidos en Europa, relativos al año 2017, nos demuestran que es muy difícil obtener el número preciso y fehaciente de MENAs que se encuentran dispersos en la UE por haber abandonado su centro de acogida⁵⁰. En este informe se declara expresamente que la falta de coordinación entre las personas responsables de la tutela de los menores, tanto como la confusión existente a nivel nacional y europeo, sobre el reparto de competencias en los supuestos de desaparición transnacional, hace que la suerte de miles de menores sea desconocida⁵¹. Ese descontrol puede resultar particularmente grave de cara al casi ya consolidado tráfico ilegal de migrantes: de ahí que el número de menores extranjeros explotados para el desarrollo de trabajos ilegales, o en condiciones irregulares, es cada vez más alto⁵². Quizás una mayor cercanía entre el menor y el tutor podría incluso permitir la obtención de informaciones importantes a efectos de reclutamientos de menores por las redes de tráfico ilegal de migrantes operantes en la UE.

⁴⁷ SAVE THE CHILDREN, Separated Children ..., *cit. sub nota* núm. 33, p. 16.

⁴⁸ Se trata de un supuesto alarmante puesto que los intereses comerciales podrían prevalecer sobre el principio del interés superior del menor (especialmente si es con ánimo de lucro), *vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *La protección ...*, *cit. sub nota* núm. 23.

⁴⁹ Se trata de cursos de formación que podrían desarrollarse de forma presencial u on-line en los que los futuros tutores deberían ser informados sobre los aspectos socio-jurídicos que conciernen tanto a ellos como a los MENAs. Un ejemplo de buena práctica en ese sentido es el manual de L. JOELLE, “Tutori volontari di minori stranieri non accompagnati. Materiali per l’informazione e la formazione”, Cedam, 2018.

⁵⁰ MISSING CHILDREN EUROPE, Figures and trends 2017 From hotlines for Missing Childrens and Corss-Border Family Mediators, 2018, pp. 2. Disponible en el siguiente enlace: <http://missingchildreneurope.eu/annual-reports/categoryid/0/documentid/444> (último acceso al 14.10.2018).

⁵¹ MISSING CHILDREN EUROPE, Figures and trends ..., p. 16, *cit. nota supra*.

⁵² Para el trabajo en negro de los MENAs *vid.* ANSA, Unaccompanied minors exploited near Palermo, 8 investigated, en INFOMIGRANTS disponible en el siguiente enlace: http://www.infomigrants.net/en/post/11018/unaccompanied-minors-exploited-near-palermo-8-investigated?utm_source=ECRE+Newsletters&utm_campaign=9fbc867836-EMAIL_CAMPAIGN_2018_08_02_10_21&utm_medium=email&utm_term=0_3ec9497afd-9fbc867836-422323097 (último acceso al 02.08.2018). Sobre los MENAs víctimas de trata, en cambio, *vid.* SAVE THE CHILDREN, Piccoli schiavi invisibili: Rapporto 2018 sui minori vittima di trata e sfruttamento in Italia, Julio 2018, disponible al siguiente enlace https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/piccoli-schiavi-invisibili-2018_2.pdf (último acceso al 14.10.2018).

3. La implementación de un sistema de colaboración y cooperación entre Estados miembros y la programación de una base de datos europea centralizada sobre MENAs

24. La fragmentación legislativa (y práctica) en materia de identificación y representación de los MENAs entre los Estados miembros de la UE se traduce en una amenaza para la consecución de una protección efectiva de los MENAs en la UE; la propia Comisión Europea pidió al Parlamento UE proporcionar directrices para atenuar los perjuicios que puedan derivar de esas cuestiones problemáticas⁵³.

25. En primer lugar, se plantea la existencia de múltiples mecanismos de identificación y determinación de la minoría de edad de los MENAs. La casi absoluta libertad con la que cada Estado miembro puede escoger entre uno de esos procedimientos (sin apenas argumentación), a la que se añade el margen de error científicamente existente en cada uno de ellos, hacen que los Estados no se sientan obligados a reconocer la resolución dictada por otro Estado miembro (especialmente cuando los procedimientos adoptados no coinciden). Por consiguiente, nos encontramos ante una situación de elevada inseguridad jurídica: la persona migrante puede ser sometida a un segundo test de identificación cuya resolución final no tiene por qué coincidir con el resultado anteriormente obtenido. Además, en el caso de que la persona migrante sea calificada como mayor de edad, dicha decisión puede justificar la ejecución de devoluciones al límite de la legalidad. El caso de Ventimiglia, ciudad situada en la frontera entre Italia y Francia, constituye un supuesto ejemplar y alarmante de ese fenómeno.

26. En segundo lugar, se plantea el problema de la representación legal de los MENAs. En concreto, es necesario que los tutores sean prontamente designados para poder representar a los MENAs desde el momento en el que se les somete al procedimiento de identificación; de igual manera, los tutores legales deben ser profesionales especializados informados de las peculiaridades específicas de los menores tutelados. Estos requisitos son imprescindibles de cara a la instauración de un trato más cercano e íntimo entre las dos partes implicadas; circunstancia que, a su vez, resultara particularmente útil como medida disuasiva para que el menor no abandone su centro de acogida. El resultado final, entonces, sería el de evitar que el menor caiga víctima de la explotación y abusos por parte de las redes ilegales de traficantes de seres humanos.

27. Ambos supuestos se remontan a una única causa común: la falta de colaboración y cooperación entre las autoridades competentes que operan en los distintos Estados miembros, incluidos los representantes de esos menores. Esta situación impide la puesta en práctica de un seguimiento efectivo de los MENAs dispersos en el territorio de la UE. Una solución podría darse por ejemplo a través de la programación de una base de datos europea centralizada, capaz de agilizar la comunicación y cooperación entre las instituciones internas de los Estados⁵⁴.

28. La falta de comunicación entre las autoridades de los Estados miembros se debe al hecho de que no existe, a día de hoy, un mecanismo de intercambio de informaciones entre los Estados miembros, ni desde luego una base de datos común sobre los MENAs que hayan accedido al territorio de la

⁵³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *La protección...*, cit. sub nota núm. 23.

⁵⁴ A día de hoy la UE cuenta básicamente con los siguientes instrumentos normativos: el Reglamento (CE) No. 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) D.O.U.E. de 18 de diciembre de 2006 L 381/4 y el Reglamento (UE) No. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) no 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) no 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) D.O.U.E. de 29 de junio de 2013 L 180/1 (reglamento Dublín III). Este último, en concreto, establece la recolección y transmisión de los datos dactiloscópicos de los solicitantes de protección internacional, a partir de los 14 años (*vid.* considerando núm. 17).

UE. De tal manera que, ni las autoridades del Estado miembro de primera acogida pueden denunciar la desaparición de un MENA de su territorio (en su caso, a iniciativa del propio tutor responsable); ni las del país de nueva acogida, en el caso de interceptación del MENA, tendrán plena libertad de devolver al MENA al país de procedencia⁵⁵. Esta situación de descontrol generalizado está corroborada por la existencia de “MINIILA”⁵⁶, una aplicación que permite a los MENAs orientarse en todo el territorio de la UE y acudir a las autoridades protectoras competentes en cada Estado miembro. La existencia de esta aplicación demuestra que el sistema actúa de forma inversa y perversa: son los propios MENAs los que buscan alguna forma de protección mientras tanto el Estado no consiga ofrecérsela.

29. Tras haber resaltado las peculiaridades que derivan de las dos cuestiones principales analizadas, se tomará consciencia de los instrumentos normativos internacionales y europeos actualmente vinculantes para los países miembros de la UE en materia de MENAs. La existencia de un texto normativo unificado vinculante en materia de MENAs para todos los Estados de la UE, tanto como la sistematización e interpretación de principios fundamentales dirigidos a la protección de los MENAs, fundamentarán la oportunidad o no de una normativa específica dirigida a ese colectivo de migrantes.

II. Breve introducción a la protección de los MENAs en el sistema de normas de la UE

30. Para poder identificar los textos normativos relevantes para la protección de los MENAs en la UE nos remitimos al sistema de normas en vigor en sus Estados miembros⁵⁷. De hecho, tras la institución de la UE, el sistema de fuentes de estos ordenamientos ha sufrido un cambio radical⁵⁸. Hasta aquel entonces, los Estados miembros habían seguido manteniendo intacta su soberanía en todas sus posibles manifestaciones, de tal manera que el sistema de fuentes normativas dependía exclusivamente del propio ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, con la institución de la UE, los Estados fundadores dieron lugar a una organización internacional que por sus peculiaridades llegó a constituir un ordenamiento jurídico a parte, que se denomina “supranacional”. La UE va mucho más allá de cualquier otra organización ideada hasta aquel entonces. En particular, cabe señalar su capacidad para celebrar acuerdos internacionales, expresamente prevista por los Tratados⁵⁹ UE (art. 3.2) y FUE (Parte V del Título V).

31. Es por ello que, a día de hoy, los Estados miembros pueden verse obligados en el plano internacional de múltiples formas: a través de la celebración directa de convenios multilaterales o bilaterales; a través de la estipulación de tratados conjuntamente con la UE (los denominados acuerdos mixtos) y, finalmente, por los acuerdos que la propia UE celebra por sí sola. Al margen de éstos, cabe recordar que los Estados miembros están vinculados por las normas de Derecho primario de la UE y por las de Derecho secundario (también denominadas normas de Derecho originario y normas de Derecho derivado respectivamente). Dentro del primer conjunto de normas, nos encontramos con los Tratados constitutivos de la UE: en concreto, el Tratado de la UE (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Con el segundo concepto, en cambio, designamos a normas y actos promulgados por las instituciones de la UE que encuentran su fundamento, alcance y límites en las normas constitutivas. En concreto, entre los actos vinculantes típicos de la UE destacamos: Reglamentos, Directivas y Decisiones⁶⁰.

⁵⁵ En este sentido, conforme a la nueva redacción del art. 10 del Reglamento Dublín IV (*vid. nota supra* núm. 11) el Estado en el cual se halla el MENA es el competente para concretar el Estado miembro responsable para examinar su solicitud de protección internacional. Con independencia del criterio aplicable al caso concreto, en dicha valoración el Estado deberá anteponer siempre el interés superior del menor.

⁵⁶ Página oficial disponible en el siguiente enlace: <http://miniila.com>, último acceso al 01.10.2018.

⁵⁷ Para profundizar *vid.* D. J. LIÑAN NOGUERAS, “Parte tercera: Ordenamiento jurídico” en A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 367-407.

⁵⁸ *Vid.* F. J. ENEÉRIZ OLACHEA, *El Sistema de Fuentes del Derecho: de la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

⁵⁹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, Serie C 202, 7 June 2016.

⁶⁰ *Vid.* D. J. LIÑAN NOGUERAS, “Parte tercera...”, *op. cit. sub nota* núm. 57.

32. A continuación se comprobará el hecho de que dentro del sistema de normas descrito *supra* no existe todavía un texto normativo internacionalmente vinculante y exclusivamente dirigido a la tutela de los MENAs. Por el contrario, sí puede destacarse la existencia de un conjunto de normas dispersas en múltiples fuentes jurídicas, útiles para establecer un nivel mínimo de protección de estos individuos. Ese potpurri de fuentes normativas se debe a la especial vulnerabilidad que caracteriza a ese colectivo de personas. Destacan, entonces, la aplicación de normas generales de protección de las personas en cuanto seres humanos, tanto como la previsión de normas específicas dirigidas a velar por las condiciones de las personas que son menores e inmigrantes a la vez.

1. Normas generales y normas específicas de protección del menor en el Derecho internacional

33. Partiendo de los textos más relevantes de carácter multilateral, en el Derecho internacional se deben recordar todas aquellas normas que los Estados reconocen como protectoras de los derechos básicos fundamentales de cualquier ser humano. Estos derechos integran lo que hoy en día se denomina Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶¹. El primer texto fundamental es la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948⁶² (DUDH). En esta, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió insertar un párrafo, el art. 25. 2, dirigido a la tutela de la maternidad y de la infancia tanto como de los niños, en igualdad de protección social. Varios años después, los Estados volvieron a reunirse en el seno de dicha Organización Internacional y adoptaron otra piedra angular del Derecho Internacional de Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966⁶³ (PIDCP). En este, hacemos hincapié en el art. 24 conforme al cual: los Estados se comprometen a garantizar el principio de no discriminación entre menores y el derecho del niño a medidas de protección específica.

34. Paralelamente también en el contexto regional europeo se fueron elaborando instrumentos de protección de los Derechos Humanos. En primer lugar, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950⁶⁴ (CEDH). En este Convenio no existe una norma dirigida a la protección exclusiva del menor en cuanto tal, sino que éste adquiere un papel importante respecto a la tutela de unas garantías procesales. El art. 5 d) afirma el principio de legalidad y de conformidad al derecho de cualquier menor privado provisionalmente de la libertad, tanto como el ejercicio del derecho de *habeas corpus*. Luego, el art. 6.1 establece la posibilidad excepcional de que un proceso penal pueda celebrarse a puerta cerrada ya que de lo contrario se estaría perjudicando el interés superior del menor. Más recientemente, debemos recordar la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000⁶⁵ (CDFUE). En esta sí se dedica una norma específica a la protección del menor, el art. 24, que contempla el derecho

⁶¹ Para una análisis de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *vid.* R. SHABTAI, “Human Rights (291)”, *The perplexities of modern international law : general course on public international law* (Volume 291), Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Ed. The Hague Academy of International Law, 2001; J. REHMAN, *International Human Rights Law*, 2da edición, Pearson Education Limited, Essex, 2010; S. ZAPPALÁ, *La tutela internazionale dei diritti umani: tra sovranità degli stati e governo mondiale*, Il Mulino, Bologna, 2011; D. L. SHELTON, *Advanced introduction to international human rights law*, Edward Elgar, 2014; D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIVAKUMARAN, *International Human Rights Law*, 2da edición, Oxford University Press, 2014.

⁶² Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos, A/RES/217/(III) D.

⁶³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (Serie Tratados de Naciones Unidas, Vol. 999, p. 171 y Vol. 1057, p. 407).

⁶⁴ Artículos de los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha extraído el principio fundamental del *no refoulement* consagrado en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, (Serie Tratados de Naciones Unidas, N. 2545, Vol. 189, p. 137), cuyo art. 33 afirma: «ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas». *Vid. Soering v. The United Kingdom* (merits and just satisfaction), núm. 14038/88, § 88-91, *ECHR* 1989: «[...] en este caso la resolución de extradición puede suscitar un problema en relación con el artículo 3 y comprometer, por tanto, la responsabilidad de un Estado contratante en virtud del Convenio, cuando hay motivos serios y comprobados para creer que el interesado, si se le entrega al Estado requirente, correrá un peligro real de que se le torture o se le someta a penas y tratos inhumanos o degradantes.»

⁶⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, *D.O.U.E.*, Serie 362, de 18 de diciembre de 2000.

a la protección y a los cuidados para el bienestar del niño; el derecho del niño a expresarse libremente y a ser oído en función de su edad y del grado de madurez; el respeto del principio del interés superior del menor en cualquier acto llevado a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas y el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y su madre, de forma periódica.

35. Con carácter específico, en cambio, el primer convenio multilateral en materia de protección de menores pertenece al área jurídica del Derecho Internacional Privado. Se trata del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980⁶⁶. En este Convenio se consagró el principio del interés superior del menor, luego forjado en otro tratado internacional de mayor trascendencia: la Convención sobre los Derechos del Niño, de Nueva York, de 20 de noviembre 1989⁶⁷. Esta Convención prima entre los demás Tratados internacionales como instrumento de protección de los derechos fundamentales de toda persona menor de 18 años⁶⁸. La Convención recoge el principio del “interés superior del menor” (art. 3) y un conjunto de derechos que siempre deberán ser respetados a la hora de relacionarse con un menor, incluido un MENA. Entre otros, se contempla el respeto a la dignidad y el derecho a la integridad que, por ejemplo, deberán ser tenidos en cuenta durante la puesta en práctica de las evaluaciones médicas que puedan afectar a la intimidad del menor (art. 3 y 37); la protección de los datos personales que puedan ser archivados o publicados a raíz del procedimiento de acogida (art. 16); el derecho a un recurso efectivo y a la asistencia jurídica gratuita para soportar los gastos procesales en caso de impugnación de cualquier decisión definitiva (art 12).

36. Finalmente, dentro del sistema de fuentes internacionales relevantes en materia de MENAs, se debe considerar la posibilidad de que el menor pueda beneficiarse del estatuto de refugiado. En este caso, se le aplicaría la Convención sobre el estatuto de refugiados firmada en Ginebra, el 28 de julio de 1951 (CG51)⁶⁹. La CG51 es una de convención internacional de carácter específico de las más garantes en la medida en que recoge, artículo por artículo, los derechos reconocidos a las personas beneficiarias del estatuto de refugiado⁷⁰. Sin embargo, a la hora de su redacción, no se incorporó ninguna norma dirigida a la tutela de los MENAs solicitantes y beneficiarios de protección internacional. Se trata, en cambio, de un fenómeno frecuente que suscita algunos interrogantes de difícil resolución. En primer lugar, porque al no reconocerse la capacidad de obrar al MENA, supuestamente éste último ni siquiera podría solicitar dicha protección; y, en segundo lugar, porque resulta complicado valorar uno de los requisitos del art. 1 A, co. 2, de la CG51: se trata del denominado «miedo fundado» que deriva de la persecución sufrida en el país de origen⁷¹.

⁶⁶ Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, en vigor para España desde el 01.09.1987 («BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987, páginas 26099 a 26105 (7 págs.).

⁶⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, *cit. sub nota* núm. 14. Se trata del Tratado Internacional que ha recibido el mayor número de rectificaciones en la historia de Naciones Unidas: 195 Estados partes al día de hoy (20.07.2018). En España tiene eficacia desde el 05.01.1991, «BOE» núm. 313, lunes 13.12.1990, pp. 38897-38904; en Italia desde el 05.10.1991, rectificada por la L. 27 maggio 1991, n. 176, *GU* n.135 del 11-6-1991 - Suppl. Ordinario n. 35.

⁶⁸ Desde el punto de vista de la protección del menor en el sistema de Derechos Humanos, *vid. P. ALSTON, The best interests of the child: Reconciling culture and human rights*. Clarendon Press, 1994 y M. DEL R. CARMONA LUQUE, *La Convención sobre Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, 2011.

⁶⁹ Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, *cit. sub nota* núm. 64.

⁷⁰ Al no ser objeto de nuestra investigación, nos limitaremos a mencionar la definición de refugiado del art. 1 A, co. 2, de la CG51: «[...] el término «refugiado» se aplicará a toda persona: [...] Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1o de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él». Para profundizar en la materia *vid. J. C. HATHAWAY, The rights of Refugees under international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018 y A. ZIMMERMANN, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁷¹ Esas dos cuestiones pueden resolverse de forma diferente por parte de los Estados. Sin embargo, cabe señalar que, por un lado, estos suelen recurrir a una *factio iuris* permitiendo a los MENAs acceder al procedimiento de demanda de protección internacional (práctica además consolidada cuando se trata de menores a partir de los dieciséis años); y, por otro lado, se impone a las autoridades encargadas de valorar dicha demanda, el respeto de los principios de madurez y audiencia del menor.

37. Esa interrelación y potencial estratificación de estatutos, el de MENA y el de refugiado, es evidente en la legislación más reciente promulgada por la UE en materia de protección internacional.

2. La tutela de los MENAs solicitantes de protección internacional en la UE y el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)

38. Dentro del abanico de normas promulgadas en el seno de la UE resaltan las normas que han dado lugar al denominado Sistema Europeo Común de Asilo⁷² (SECA), puesto que estas normas constituyen la única fuente del Derecho europeo que, a día de hoy, regula el fenómeno de los MENAs. Se trata de un conjunto de normas de Derecho derivado que sienta su base en el art. 78 del TFUE, cuyo párrafo primero establece el desarrollo de una «política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal» respetuosa del principio del *non refoulement*. De ahí, la UE ha desarrollado un conjunto de instrumentos normativos dirigidos a regularizar el sistema de protección internacional en sus territorios⁷³. Dentro de los Reglamentos y Directivas que han sido desarrollados, el legislador de la UE ha insertado tangencialmente normas específicas para los MENAs solicitantes de protección internacional.

39. En primer lugar, la Directiva 2011/95/UE⁷⁴ (Directiva de reconocimiento) impone a los Estados miembros tomar medidas adecuadas a la especial vulnerabilidad de los MENAs de cara al otorgamiento del estatuto de la protección internacional (art. 20. 3 y 5); igualmente, en ella se prevé que los MENAs sean alojados en centros especializados y que la persona «que se ocupe de ellos» haya sido previamente formada (art. 30. 3 y 6). Luego, en la Directiva 2013/33/UE⁷⁵ (Directiva de acogida) el legislador de la UE se ha demostrado especialmente preocupado por el tema del internamiento y alojamiento de los menores. En concreto, se prohíbe expresamente el internamiento de MENAs en centros penitenciarios, y se plantea su alojamiento con personal que tenga en cuenta las necesidades propias de personas de su edad, y en instalaciones separadas a las de los adultos hasta los 16 años (arts. 11. 3, 24. 2 y 4). En la misma Directiva, el legislador vuelve a subrayar el carácter de especial vulnerabilidad de ese colectivo de personas (art. 21).

40. Interesante resulta la Directiva 2013/32/UE⁷⁶ (Directiva sobre procedimiento) en la que podemos resaltar múltiples artículos dirigidos a regular las garantías mínimas subyacentes a los cauces procesales por los que un MENA puede presentar su demanda de protección internacional en el territorio de la UE. En esta Directiva, se establece que el menor puede formular su demanda de protección

En este sentido *vid.* UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, Décembre 2011.

⁷² A raíz de los acuerdos de Tampere, los Estados miembros acordaron desarrollar dicho sistema en dos fases de trabajos a través de la promulgación de una primera y de una segunda generación de directivas (*vid.* entre otros C. FAVILLI, *Procedura e garanzie del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2011). Dublín hoy en día, en cambio, se plantea la necesidad de minimizar la discrecionalidad de los Estados miembros en la regulación de la materia y, por lo tanto, de convertir dichos instrumentos jurídicos en reglamentos, directamente vinculantes.

⁷³ A estos instrumentos podemos añadir la Directiva de retorno (Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *D.O.U.E.* Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008) la cual establece que el retorno de un MENA puede ejecutarse solamente cuando el menor sea entregado a un miembro de su familia, un tutor designado o, finalmente, a un centro de acogida adecuado en el Estado de retorno (art. 10). La Directiva de retorno tiene un ámbito de aplicación más extenso que los demás instrumentos que se mencionarán a continuación, pues ésta se dirige a todos los migrantes irregulares y no solamente a los solicitantes de protección internacional. Para un análisis de la Directiva de retorno *vid.* T. FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 13, núm. 33, 2009, pp. 453-499.

⁷⁴ Directiva 2011/95/UE, del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, Refundición, *D.O.U.E.* L 337/9, de 20 de diciembre de 2011.

⁷⁵ Directiva 2013/33/EU, del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) *D.O.U.E.* Serie L 180/96 de 29 de junio de 2013.

⁷⁶ 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 (refundición) *D.O.U.E.* Serie L 180/60, de 29 de junio de 2013.

internacional en su propio nombre o bien a través de un familiar suyo o de la persona de él responsable, dependiendo de la legislación, uso y costumbre del Estado nacional (art. 7.3). Por consiguiente, entendemos que cada Estado miembro valorará la edad y el grado de madurez de los MENAs que lleguen a su territorio de forma estándar (es decir, a través de principios o normas de aplicación generalizada) o bien individualizada (i.e. caso por caso). Lo cierto es que esa capacidad procesal del MENA puede ser valorada de forma muy diferente de un país a otro. Es más, la Directiva establece unas garantías procesales específicas para los MENAs (art. 25). En concreto, la norma requiere que al MENA se le asigne un representante «tan pronto como sea posible»; esa persona, física o jurídica, deberá velar por el interés superior del menor y en ningún caso podrá actuar en conflicto de intereses. Luego, no deberá nombrarse representante alguno cuando la persona migrante vaya a cumplir los dieciocho años de edad antes de que se dicte una resolución en primera instancia (art. 25. 2). Esa norma implica que, en la realidad cotidiana, muchos MENAs sean desprovistos de un tutor legal: de hecho, los procedimientos de decisión en materia de protección internacional suelen dilatarse mucho en el tiempo⁷⁷. Puesto que la mayor parte de los MENAs que llegan al territorio de la UE rozan la mayoría de edad, es altamente probable que se vuelvan adultos antes de que se dicte un primer fallo. Otra cuestión fundamental es la del reconocimiento médico que solamente podrá desarrollarse cuando existan dudas acerca de la edad del migrante y, siempre y cuando, el menor o su representante, presten su consentimiento (art. 25. 5).

41. Si bien es cierto que el ámbito de aplicación de estas Directivas de la UE se ciñe solamente a los MENAs solicitantes de protección internacional, a día de hoy, los Estados miembros están aplicando los principios generales allí recogidos en espera de un texto normativo más específico sobre MENAs.

3. Entre fragmentación normativa e inseguridad jurídica: vuelta a la regulación legislativa nacional

42. De lo anteriormente señalado se deduce que, a día de hoy, en la UE no contamos con ningún texto normativo unificado de alcance internacional o regional específicamente dirigido a la tutela de los MENAs. Por el contrario, existen normas generales de protección de los Derechos Humanos de cualquier ser humano, incluidos los menores de edad, y disposiciones más específicas que repercuten en aquellos MENAs que solicitan protección internacional en la UE. A pesar de esta enorme laguna normativa, del análisis de estos textos normativos deducimos que la inserción en ellos de unas pocas normas reguladoras del fenómeno de los MENAs, lleva a la exigencia de que a ese colectivo de personas se le proteja de forma peculiar y específica. Sin embargo, es cierto que esos instrumentos convencionales y legislativos no pueden hacer frente a la totalidad de las exigencias planteadas por los MENAs. Es por ello que numerosas problemáticas que les conciernen se quedan irresueltas. Dentro de estas, caben también los dos supuestos que aquí cuestionamos -i.e. la identificación y establecimiento de la minoría de edad de los MENAs indocumentados y la asignación rápida de un representante legal cualificado en la materia-.

43. A falta de un instrumento normativo armonizador internacional y/o europeo en la materia, los propios legisladores nacionales están llamados a regular esas cuestiones, cada uno en su respectivo ordenamiento jurídico interno. Dentro de los distintos modelos actualmente existentes en la UE, uno en concreto resulta particularmente llamativo por su originalidad y recién planeación: se trata de aquel promulgado por el legislador italiano con la entrada en vigor de la Ley núm. 47 de 2017, texto unificado en materia de MENAs. La Ley núm. 47 de 2017 aborda tanto el problema de la identificación y establecimiento de la minoría de edad de los MENAs como el de la tutela y representación de los MENAs que se encuentran acogidos en el territorio italiano. Las soluciones ofrecidas por dicha ley integran un modelo novedoso de protección de MENAs.

44. En los epígrafes siguientes se ilustrarán las disposiciones legales de la Ley núm. 47 de 2017 relevantes para dirimir los interrogantes planteados. Con este análisis, comprobaremos que las medidas

⁷⁷ Vid. ECRE, The length of asylum procedures in Europe, Octubre 2016, disponible al siguiente enlace: <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/10/AIDA-Brief-DurationProcedures.pdf> (último acceso al 14.10.2018).

adoptadas por el legislador italiano no resultan suficientes para colmar las lagunas normativas actualmente existentes en la normativa internacional y, tampoco son eficaces para contrarrestar la inseguridad jurídica que de éstas deriva. De ahí, se avanza la necesidad de adoptar un “modelo integrado europeo” que tome como punto de partida las soluciones avanzadas por el legislador italiano.

IV. El «modelo italiano» y la nueva Ley núm. 47 de 2017

45. Antes de analizar la Ley italiana núm. 47 de 2017, sobre disposiciones en materia de medidas de protección de menores extranjeros no acompañados⁷⁸, primer texto unificado en materia de MENAs, cabe señalar que previamente a su entrada en vigor el fenómeno migratorio de los niños y niñas migrantes no acompañados en Italia se regulaba a través de la interrelación de la normativa sobre menores e inmigración. Básicamente, la Ley 184 de 2003, sobre el derecho a una familia de los menores⁷⁹; el Libro I, Título X del Cc italiano en materia de tutela y emancipación; el D.P.C.M. 9 diciembre 1999, n. 535⁸⁰ y el T.U. en materia de inmigración⁸¹. Sin embargo, la existencia de unas cuantas normas genéricas, esporádicas y sueltas en el sistema de leyes italiano no eran desde luego suficientes para lograr una efectiva protección de la gran cantidad de MENAs que han llegado a Italia en el último periodo, pues, ninguna de esas normas tomaba en consideración la especial situación de vulnerabilidad consagrada en los textos internacionales ratificados por Italia⁸². De hecho, en la práctica, cada autoridad territorial competente adoptaba sus propias normas reguladoras, que podían variar de un lugar a otro del territorio italiano de manera incisiva⁸³.

46. En abril 2017 el gobierno italiano adoptó el primer texto unificado en Italia y el primero en el resto de la UE en materia de MENAs. La ley se aplica a todo menor de edad que no posee ni la ciudadanía italiana ni la de un país de la Unión Europea y que se halla, por una razón cualquiera, en el territorio del Estado italiano o bien, bajo la jurisdicción italiana, sin asistencia ni representación de sus padres ni de otra persona mayor legalmente responsable conforme a la Ley interna italiana (art. 2). Además, la Ley núm. 47 de 2017 parece insistir en una prohibición absoluta de devolución de los MENAs (art. 3). Sin embargo, si miramos al art. 31 del T.U. en materia de inmigración, se desprende que la prohibición de *non refoulement tout court* no existe⁸⁴, pues la norma establece que el Jefe de la Comisaría de Policía, en los casos establecidos por el propio T.U., podrá solicitar la expulsión del MENA ante el Tribunal de menores⁸⁵.

47. De todas formas, la Ley núm. 47 de 2017 introduce al menos dos novedades importantes. Por un lado, la previsión de un procedimiento multidisciplinar de determinación de la edad del menor y, por otro lado, la introducción de personal voluntario especializado encargado de desarrollar la tutela legal de los MENAs en Italia. Cabe señalar que tanto la fase de identificación de un MENA como la de la asignación de un tutor voluntario se desarrollan dentro del denominado procedimiento de primera

⁷⁸ *Vid.* nota núm. 18.

⁷⁹ Legge 4 maggio 1983, n. 184, Diritto del minore ad una famiglia, *GU* n.133 del 17-5-1983 - Suppl. Ordinario. En concreto, el art. 37-bis establece que «Al menor extranjero que se encuentre en el Estado en situación de abandono se le aplica la ley italiana en materia de adopción, custodia, acogida y las medidas necesarias en caso de urgencia» (traducción del autor).

⁸⁰ Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'articolo 33, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. (*GU* n.19 del 25-1-2000).

⁸¹ T.U. en materia de inmigración, *vid.* nota núm. 20.

⁸² Dentro de los más importantes: la Convención de los Derechos del Niño, *cit. sub* nota núm. 14; el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los niños del Consejo de Europa, Estrasburgo 25 de enero de 1996, *European Treaty Series* No. 160; Convenio Europeo para la protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual del Consejo de Europa, 25 de octubre de 2007, *Council of Europe Treaty Series* No. 201.

⁸³ V. MARAIA, A. PADOVANI y C. ZERBATO, “I minori stranieri non accompagnati: metodologia di intervento”, en C. FRATEA y I. QADRANTE, *Minori e Immigrazione: quali Diritti?*, Verona, Edizioni scientifiche italiane, 2015, pp. 141-151.

⁸⁴ En contra *vid.* C. CASCONE, “Brevi riflessioni in merito alla Legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei Minori Stranieri Non Accompagnati): luci ed ombre”, *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2017, pp. 1- 35.

⁸⁵ *Vid.* C. MARINO, “La Cassazione si pronuncia sulla competenza per la nomina del tutore dei minori stranieri non accompagnati”, *Rivista Famiglia e Diritto*, 8-9, 2017, sec. Giurisprudenza Minori, pp. 757-763 y Sents. Cass. Civile, sez. IV, 20 diciembre 2016 (*RJ* 2016/26442) y 26 abril 2017, (*RJ* 2017/10212).

acogida (*vid. infra*). Es curioso cómo, en ese preciso momento, en Italia intervienen dos jurisdicciones diferentes. Por un lado, el juez de menores es el encargado de rectificar la medida de acogida provisionalmente concedida, o bien de archivar el procedimiento dependiendo de las informaciones que el Ministerio Fiscal le haya suministrado. Por otro lado, el juez tutelar, que tradicionalmente detenta la facultad de abrir el procedimiento de asignación de un tutor, ex art. 343 Cc, está llamado a nombrar el tutor voluntario. Ambas autoridades son informadas de la presencia en el territorio italiano de un MENA por la autoridad de seguridad pública competente. Sin embargo, este «doble procedimiento» no deja de suscitar perplejidad en la doctrina por su inútil complejidad⁸⁶.

1. El procedimiento «multidisciplinar» de identificación de los MENAS y la determinación de la minoría de edad

48. Como hemos señalado, la identificación del menor y la determinación de su minoría de edad son cuestiones preliminares fundamentales en el fenómeno de los MENAS⁸⁷. De hecho, al menor en cuestión, se le podrá aplicar una normativa interna, europea e internacional más favorable solamente cuando se den los dos requisitos siguientes: no estar acompañado y tener una edad inferior a los 18 años. Frente a la inexistencia de una regulación europea armonizadora, cada Estado miembro se ha dotado de un sistema interno de identificación y de determinación de la edad propio (*vid.* punto II. 1.).

49. Hasta el año 2017, en Italia, no existía ni una normativa específica en materia de identificación de la edad de los MENAS⁸⁸, ni una praxis consolidada satisfactoria entre las autoridades locales internas del Estado. Hoy en día, en cambio, el art. 5 de la Ley núm. 47 de 2017 establece un procedimiento de identificación de los MENAS homogéneo. Esta fase se desarrolla dentro del denominado sistema de acogida de los MENAS, art. 4 de la Ley núm. 47 de 2017 y art. 19 del D.lgs. 142 de 2015⁸⁹. En virtud de ese sistema, cuando un MENA pisa territorio italiano, es acogido en un centro de primer socorro y acogida (CPSA) durante un periodo máximo de treinta días. En los primeros diez días, se pone en marcha el denominado procedimiento de identificación del menor a través de una primera entrevista que un personal cualificado y autorizado hace al MENA. El art. 19 del D.lgs. 142 de 2015 establece que la entrevista se desarrolla en presencia de las organizaciones, entes o asociaciones de comprobada y específica experiencia en materia de tutela de menores. Durante esa entrevista, el menor es invitado a expresar su historia personal y familiar, para que éste mismo pueda ser identificado. En concreto, se le piden: sus datos generales (nombre, apellido, nacionalidad y fecha de nacimiento); la presencia de otros familiares entre las demás personas migrantes y un documento de identidad⁹⁰. El nudo principal de esa identificación es precisamente el establecimiento de la edad biológica, art. 19 *bis* del D.lgs. 142 de 2015.

⁸⁶ En doctrina, entre otros *vid.* A. CORDIANO, “Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori non accompagnati”, *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, fasc. 9, pt. 2, 2017, pp. 1299- 1309.

⁸⁷ Otro aspecto importante que, sin embargo, no será objeto de la presente comunicación, es el del mantenimiento de la minoría de edad a lo largo de todo el procedimiento de presentación y análisis de la demanda de protección internacional. Para profundizar *vid.* ECRE, ECRE/Elena Legal Note ..., p. 9, *cit. sub* nota núm. 24.

⁸⁸ Se aplicaba por analogía la normativa existente en ámbito penal, el art. 349 del Codice di Procedura Penale (Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447 Approvazione del codice di procedura penale, *GU* n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92), sobre identificación de personas sujetas a actividad investigadora policial y el art. 8 del D.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, *GU* n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 92) cuando existan dudas sobre la edad del imputado.

⁸⁹ D.lgs. n. 142 de 2015 (Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142, Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, (15G00158), *GU* n.214 del 15-9-2015). La segunda fase del procedimiento de acogida (o “segunda acogida”), en cambio, continúa en el denominado sistema SPRAR (art. 12) el cual, fue originariamente elaborado para conseguir la integración de los solicitantes de protección internacional, y hoy en día amplía su ámbito de aplicación a los MENAs también.

⁹⁰ CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, Protocollo per l'identificazione e per l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età dei minori non accompagnati, 16/30/CR09/C7-C15, p. 15, disponible en el siguiente enlace https://www.minori.gov.it/sites/default/files/protocollo_identificazione_msna.pdf (último acceso al 14.10.2018).

50. El procedimiento de determinación de la edad, generalmente, se articula en dos fases: una de identificación de los datos registrales y, otra, de verdadero establecimiento de la edad⁹¹. Solamente cuando la identificación en sentido estricto (o primera fase) no haya dado lugar a un resultado fehaciente y existan «dudas fundadas»⁹² sobre la edad exacta del menor⁹³, será necesario establecer la edad biológica a través de un procedimiento que contempla el desarrollo de técnicas socio-sanitarias. A tal efecto, es necesario que el menor, o su representante legal, presten su consentimiento tras haber sido adecuadamente informados sobre la prueba médica específica a la que deberá someterse. Se les informará también de cuáles son los resultados y las consecuencias que pueden derivarse del resultado obtenido; o qué pasaría en el caso de que el menor rechazara someterse a dicho procedimiento y, por último, se le informa sobre su derecho a expresar la razón de una eventual negativa a someterse al test. En cualquier caso, mientras tanto no se haya atribuido una edad a la persona, ésta se presume menor de edad en virtud del principio del «beneficio de la duda» y deberá ser acogido en las instalaciones adecuadas a tal efecto.

51. La segunda fase de identificación del menor es, precisamente, la más criticada: primero porque algunas de las técnicas utilizadas son altamente invasivas y pueden perjudicar a la salud del menor (como por ejemplo el uso de Rayos-X)⁹⁴. Segundo, porque no existe una técnica de determinación de la edad fiable al 100%⁹⁵. De hecho, el resultado obtenido siempre deberá indicar el margen de error estimado⁹⁶. Por tales razones la prueba médico-sanitaria de por sí no es el único factor decisivo para la determinación de la edad de la persona: la Ley núm. 47 de 2017 adopta el denominado enfoque holístico-multidisciplinar⁹⁷.

52. El método holístico-multidisciplinar implica que, al margen de las pruebas científicas, la autoridad decisoria tomará en cuenta otros factores importantes, entre los cuales: el aspecto físico, la madurez psicológica y el entorno familiar y cultural del menor. Es evidente, entonces, la necesidad de que un equipo de profesionales altamente cualificados intervenga durante todo el procedimiento y, finalmente, en la toma de una decisión final: trabajadores sociales; mediadores culturales; doctores; radiólogos; psicólogos; neurólogos infantiles y pediatras. El equipo es liderado por un “*case manager*” quien promueve un planteamiento holístico, multidisciplinar y multidimensional. En concreto, se prevé el desarrollo de los siguientes controles sanitarios: una entrevista sociológica; una consulta pediátrico-auxológica y una evaluación de neuropsiquiatría/psicológica. A tal efecto, el procedimiento de identificación y determinación de la edad se desarrolla en una Estructura Pública Sanitaria. El equipo médico-profesional emite un informe conclusivo en el que consta la edad estimada, con un mínimo y un máximo de variabilidad biológica, y la técnica utilizada⁹⁸. Todo el protocolo holístico-multidisciplinar puede tardar como mucho setenta y dos horas desde que el Juez haya dado su consentimiento para que se hubiera podido poner en marcha.

⁹¹ E. DI NAPOLI, “Riflessioni a margine della «nuova» procedura di accertamento dell’età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell’art. 5 della L. 47/2017”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2017, pp. 24.

⁹² «Dudas fundadas» pueden ser ocasionadas, entre otras cosas, por: la información recogida en otras bases de datos; las decisiones que conciernen a otros familiares, parientes o tutor legal del menor y la apariencia física.

⁹³ En concreto, la autoridad puede tener «dudas fundadas» sobre la edad declarada por el menor, bien porque éste no esté en posesión de algún documento legal de identidad, bien porque, al tenerlos, puede que éstos parezcan falsos. En ambos casos, cabe subrayar que el control de la autoridad no puede ser sistemático, sino que siempre debe estar justificado por la existencia de unas «dudas fundadas».

⁹⁴ *Vid.* punto II. párr. 1.

⁹⁵ *Vid.* N. LOUIS ATTALLAH y W. A. MARSHALL, “Estimation of Chronological Age ...”, p. 10, *op. cit. sub nota* núm. 27.

⁹⁶ Art. 5.7 de la Ley núm. 47 de 2017.

⁹⁷ Cabe señalar que el art. 4. 2 del Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 24 Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. (14G00035) (GU n.60 del 13-3-2014), implementado por el D.p.r. n. 234 de 2016 (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 novembre 2016, n. 234 Regolamento recante definizione dei meccanismi per la determinazione dell’età dei minori non accompagnati vittime di tratta, in attuazione dell’articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24. (16G00248), GU n.298 del 22-12-2016), adoptó por primero un mecanismo multidisciplinar de determinación de la edad, pero éste se dirigía solamente a los menores víctimas de trata.

⁹⁸ CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, Protocollo ..., p. 31, *cit. sub nota* núm. 90.

53. La decisión final debe ser motivada, escrita y clara para que la persona afectada pueda comprenderla. A pesar del silencio normativo al respecto, se entiende que la resolución la dictará el juez de menores del tribunal cuya fiscalía pidió la comprobación de la edad, en forma de decreto. En caso de que sigan existiendo dudas respecto a la edad de la persona, los principios protectores del menor vuelven a ser fundamentales: *in dubio pro minore* (art. 5.8). En caso contrario, si se estimara la mayoría de edad, la Ley n. 47 de 2017 establece otra garantía importante: el derecho a un recurso. A tal efecto, el art. 5.9 se remite al procedimiento de jurisdicción voluntaria de los arts. 737 y ss. del Codice di Procedura Civile⁹⁹.

2. El tutor voluntario: ¿un paso más allá de la tutela jurídica?

54. El art. 11 de la Ley núm. 47 de 2017 se intitula «Listado de tutores voluntarios». Se trata quizás de la novedad más interesante dentro de las insertadas por la Ley núm. 47 de 2017¹⁰⁰. Antes de la entrada en vigor de la Ley núm. 47 de 2017, de hecho, esa tarea solía atribuirse a un tutor institucional (el Alcalde del Ayuntamiento donde el menor era acogido, el Comisionado u otros) el cual, frente al elevado número de MENAs asignados, no podía desarrollar sus funciones de tutela de forma adecuada a las exigencias de los menores migrantes. Por tales razones, el legislador italiano decidió institucionalizar la figura del «tutor voluntario», recogiendo en el texto legal lo que algunas regiones iban desarrollando ya en la práctica¹⁰¹. En abril de 2018, 3.000 ciudadanos italianos habían manifestado ya su disponibilidad a asumir ese tipo de responsabilidad¹⁰². La asignación de un tutor legal a los MENAs, al igual que la fase de determinación de la identidad, se desarrolla durante la fase de acogida. Mientras tanto al menor no se le haya asignado un tutor, el art. 6.3 de la Ley n. 47/2017 establece que la demanda de permiso de residencia o la de protección internacional pueden ser presentadas por la estructura de acogida¹⁰³.

55. El tutor voluntario ex art. 11 de la Ley n. 47 de 2017 no es sino un mero ciudadano privado que manifiesta querer asumir ese tipo de responsabilidad, a través de una de las convocatorias públicas ofertadas por la Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia¹⁰⁴. Para poder participar se requiere: ser ciudadano italiano o de la UE, apátrida o nacional de un tercer país que tenga buen conocimiento de la lengua italiana; tener residencia legal en Italia; tener más de 25 años; ser titular de los derechos civiles y políticos y no haber recibido condenas penales ni tener procedimientos penales pendientes a su cargo. Sin embargo, una vez averiguada la subsistencia de esos requisitos, el candidato recibe un periodo de formación especializado¹⁰⁵ que le permite luego inscribirse en el Registro de Tutores Voluntarios en el Tribunal de menores. Además, no pueden aplicar a esa posición los responsables o los voluntarios de

⁹⁹ Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 Codice di Procedura Civile, (040U1443) (GU n.253 del 28-10-1940).

¹⁰⁰ La figura del tutor legal o «guardian» había sido ampliamente desarrollada en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (Directiva sobre trata). Sin embargo, esta Directiva se concentraba en la protección de los menores víctimas de trata de seres humanos y no en la protección de los menores *tout court*.

¹⁰¹ Es interesante resaltar que ya en los años '90 la Región Veneto había institucionalizado una propia Autoridad Garante en defensa de los derechos de los MENAs allí acogidos, tanto como un proyecto de tutores voluntarios en función desde año 2001. Para un análisis profundizado del desarrollo normativo regional *vid.* S. CUBERLI, La protezione dei Minori Stranieri Accompagnati dopo la Legge 47/2017. L'esperienza della Regione Veneto, Tesi di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, defendida en Ferrara a.a. 2016/2017 (inédita), pp. 127-169.

¹⁰² Save The Children, Guida per i tutori volontari ei minori stranieri non accompagnati, Abril 2018, disponible al siguiente enlace <https://s3.savethechildren.it/public/files/uploads/pubblicazioni/guida-i-tutori-volontari-di-minori-stranieri-non-accompagnati.pdf> (último acceso al 14.10.2018).

¹⁰³ Sin embargo, el propio menor podría solicitar tanto el permiso de residencia por estudio o trabajo (ex art. 32 del T.U. en materia de inmigración) como la protección internacional, habiéndole sido reconocida una "capacidad extraordinaria" al respecto.

¹⁰⁴ La Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia en Italia es un órgano del Estado instituido por la Legge 12 luglio 2011, n. 112, Istituzione dell'Autorita' garante per l'infanzia e l'adolescenza. (11G0154) (GU n.166 del 19-7-2011). Su función principal es de velar por la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (*cit. sub* nota núm. 14) y de los demás instrumentos internacionales en materia de protección de los menores y de los adolescentes. Es un órgano formado por un único miembro y del que Doña Filomena Albano, magistrado, es titular desde el 28.04.2016. Página oficial: <http://www.garanteinfanzia.org>.

¹⁰⁵ *Vid.* la memoria del curso de formación organizado por la Universidad de Torino y la Autoridad Garante de la Infancia y Adolescencia entre noviembre 2017 y enero 2018 en L. JOELLE, "Tutori volontari...", p. 15, *op. cit. sub* nota núm. 49.

las estructuras que acogen a los menores, tanto como cualquier otra persona que pueda tener un evidente conflicto de intereses en perjuicio del MENA. En concreto, el tutor representa legalmente al menor ya que, al no tener 18 años, este último no tiene capacidad de obrar en los procedimientos que le afectan. Esto no obsta a que el menor tenga el derecho de participar activamente y el derecho a expresar su voluntad: se recuerda que el derecho de audiencia del menor es un derecho fundamental establecido por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁰⁶.

56. El tutor persigue el reconocimiento de los derechos de la persona menor de edad, sin discriminación alguna. En ese sentido, el tutor voluntario presentará la demanda de permiso de residencia del menor y/o de protección internacional en el caso de que la institución de acogida no lo haya realizado todavía. El tutor debe controlar las condiciones de acogida, seguridad y protección y administrar el patrimonio del menor. De hecho, el tutor participa en la fase de identificación del menor y hace un seguimiento sobre todas las actuaciones desarrolladas para la determinación de la edad (art. 5. 3 de la Ley núm. 47 de 2017). Cuando un MENA tenga algún familiar en otro Estado miembro de la UE, y no haya presentado demanda de protección internacional¹⁰⁷, el tutor solicitará la apertura del procedimiento de reagrupación familiar, siempre y cuando esto no implique un riesgo para el menor. Respecto a los actos patrimoniales, en cambio, el tutor puede realizar libremente todos los actos de ordinaria administración, pero deberá pedir la autorización del juez cuando se trate de un acto de extraordinaria administración¹⁰⁸. También vigila su educación e integración conforme a su capacidad, inclinación y aspiración y promueve el bienestar psíquico-físico del menor ante las instituciones y los sujetos competentes. En concreto, el tutor voluntario deberá inscribir al menor en el Sistema Sanitario Nacional y deberá pedir la aplicación de un programa específico en el caso de que se trate de un MENA víctima de trata (art. 11)¹⁰⁹. Frente a las numerosas tareas asignadas, cada tutor puede tener asignado un número máximo de tres menores solamente, salvo excepciones. El art. 11 de la Ley núm. 46 de 2017, *in fine*, se remite al Libro I, Título X del Capítulo I del Cc por lo que concierne a los derechos y obligaciones del tutor voluntario.

57. Por lo que concierne a las funciones desarrolladas por el tutor voluntario, en cambio, se pueden señalar algunas incertidumbres sobre el alcance de la responsabilidad legal que la Ley núm. 47 de 2017 le atribuye. Cabe resaltar, primero, que a pesar de la remisión explícita que el art. 11 de la Ley núm. 47 de 2017 hace al Cc italiano, la responsabilidad del tutor voluntario es una responsabilidad atípica en cuanto dirigida exclusivamente a la protección de los MENAs que se hallen en el territorio italiano. Si nos centramos en los datos más recientes, se desprende que el pasado abril 2018, 5.828 MENAs desaparecieron de los centros de socorro y primera acogida italianos¹¹⁰. Se trata de un fenómeno bastante frecuente en Italia, imputable a la complejidad y a las lagunas existentes en el sistema de acogida de las personas inmigrantes¹¹¹. Surge, entonces, el problema de determinar si y cómo se califica la responsabilidad del tutor voluntario frente a la “desobediencia” del MENA. A tal efecto, el art. 358 Cc impone

¹⁰⁶ *Cit. sub.* nota núm. 15 cuyo artículo recita que «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

¹⁰⁷ Puesto que las normas sobre reagrupación familiar varían en el caso de los beneficiarios de protección internacional (*vid. supra* Intro.).

¹⁰⁸ Arts. 374 y 375 del Cc.

¹⁰⁹ La norma se remite al art. 18. 2, 2 bis y 2 ter del D.lgs. 142 de 2015 (*vid. supra* nota núm. 89) y el art. 76. 4 quater del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A) (GU n.139 del 15-6-2002 - Suppl. Ordinario n. 126). En el D.lgs. n. 142 de 2015 se establecen las disposiciones generales de acogida de MENAS mientras que en el D.p.r. 115 de 2002, en cambio, se establecen las normas relativas al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los MENAs.

¹¹⁰ Save The Children, Guida per i tutori volontari ..., p. 34, *cit. sub* nota núm. 102.

¹¹¹ D. LESSI, “Ragazzi fantasma: 10 mila minori migranti scomparsi in Italia nell’ultimo anno”, LA STAMPA, 29.08.2017, disponible en el siguiente enlace: <http://www.lastampa.it/2017/08/29/italia/ragazzi-fantasma-mila-minori-migranti-scomparsi-in-italia-nellultimo-anno-a7eqITiaCPCe2Uvuv0TQI/pagina.html> (último acceso al 25.07.2018).

al menor la obligación de respetar y obedecer al tutor: el menor, continúa, no puede abandonar la casa, o el instituto de destino, sin el permiso del tutor. En caso de infracción de esta norma, las líneas directrices de Save the Children, dictadas el pasado abril 2018 a favor de los tutores voluntarios, establecen consecuencias diferentes que las de la disciplina ordinaria. En concreto, mientras que el art. 358.2 Cc establece que, en caso de desobediencia, el tutor “podrá” hacer un llamamiento al menor tutelado, incluso a través del juez tutelar, la Guía impone al tutor voluntario la obligación de comunicar al Tribunal de menores la eventual desaparición del menor del centro de acogida¹¹². El tutor voluntario, continúa, no tiene (y quizás no debe) alojar de forma estable al MENA en su casa, ni ocuparse personalmente del procedimiento de acogida; procedimiento desarrollado por la propia Ley núm. 47 de 2017¹¹³. Además, la desaparición de un MENA constituye una de las causas de cesación de las funciones de tutela voluntaria, junto con la repatriación/reubicación y/o el alcance de la mayoría de edad (en cambio, se dice que el tutor decae de su carga cuando no esté desarrollando sus tareas de forma adecuada, puesto que en este caso la decisión del juez es unilateral)¹¹⁴. Además, si el menor desaparecido es identificado en otra parte del territorio italiano, y está acogido en otro centro de otra ciudad italiana, el tutor podrá solicitar la exoneración de sus funciones. Por el contrario, el tutor voluntario jamás puede renunciar unilateralmente a sus tareas, sino que se necesitará siempre una orden de cesación dictada por el juez civil.

3. Los límites intrínsecos a la Ley italiana núm. 47 de 2017 y la consecuente desprotección de los MENAs

58. Las novedades introducidas por la Ley núm. 47 de 2017 han tenido un éxito rotundo, tanto que se habla ya de un “modelo italiano”.

59. Por un lado, la Ley núm. 47 de 2017 establece un mecanismo de identificación de los MENAs «multidisciplinar», es decir, un sistema de determinación de la edad que permite atenuar el margen de error dictado por las pruebas médicas-sanitarias a través de la previsión de otros elementos relevantes. Se desprende que, a día de hoy, el enfoque holístico-multidisciplinar, tal y como está desarrollado por el ordenamiento jurídico italiano, constituye el método de identificación y determinación de la edad de los MENAs más apropiado de cara a la implementación de un sistema de protección de derechos de los MENAs efectivo en toda la UE. De hecho, la Ley núm. 47 de 2017 contempla la primacía absoluta del principio del interés superior del menor durante todo el procedimiento de identificación: piénsese en la predisposición de una escala de valores que mide la invasión de las técnicas médicas utilizadas para determinar la minoría de edad; y, también, piénsese en la consagración formal y en términos absolutos del principio *in dubio pro minore*.

60. Otro aspecto procesal relevante es la predisposición de un recurso efectivo contra la decisión desfavorable. A tal efecto, la Ley núm. 47 de 2017 prevé que la decisión debe ser escrita; tiene que describir los mecanismos socio-sanitarios que han sido utilizados y siempre indicará cuál es el margen de error. La posibilidad de impugnar la decisión con la cual se atribuye o no al MENA la menor edad no es una garantía descontada: a pesar de constituir un derecho humano fundamental de todas las personas,

¹¹² Vuelve aquí el tema del reparto de competencias entre el juez de menores y el juez tutelar y se desprende que, de conformidad con la disciplina ordinaria preexistente, la institución del Registro de Tutores Voluntarios en la sede del juez tutelar habría sido más adecuada, pues, en caso de alejamiento del centro de acogida, el tutor acudiría al juez tutelar y no al juez de menores.

¹¹³ Se entiende que, por el contrario, el MENA podría alejarse del centro en que reside de forma esporádica y sin la autorización del juez tutelar; en este sentido *vid.* A. BUCCIANTE, “La tutela dei minori”, en P. RASCIGNO, *Trattato di Diritto privato*, 4, Torino, 1997, p. 714.

¹¹⁴ Cuando un MENA lleva menos de 3 años en Italia y cumple la mayoría de edad, ya no puede beneficiarse del régimen de tutela de la Ley núm. 47 de 2017 pero puede convertir su permiso de residencia en otro de estudio o trabajo. A tal efecto es necesario el visto bueno de la Dirección General de Inmigración y de Políticas Inmigratorias. En este caso el MENA, a través de su representante legal, solicita el informe favorable noventa días antes de cumplir los dieciocho años y como muy tarde sesenta días después de que caduque el permiso de residencia de menores.

algunos Estados miembros (entre los cuales España)¹¹⁵ siguen manteniendo que la decisión con la que se determina la minoría de edad de un MENA es firme, y en ningún momento podrá ser revisada.

61. Estas consideraciones permiten afirmar la ejemplaridad del sistema de identificación y establecimiento de la minoría de edad de los MENAs desarrollado por el legislador italiano en la Ley núm. 47 de 2017, pues en él se garantiza la protección de los derechos humanos fundamentales que el ordenamiento jurídico internacional y europeo reconocen a todos los MENAs (*vid. supra* punto III.1. y III.2.).

62. Otro eje central de la Ley núm. 47 de 2017 es el tema de la incapacidad/falta de capacidad jurídica del menor. En ese sentido, el legislador italiano ha conseguido desarrollar un sistema de asignación de tutores muy novedoso. En primer lugar, porque se ha encargado a un órgano en concreto (i.e. la Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia) de formar y educar a aquellas personas adultas que quieren asumir la tutela de un MENA. Sin esta especialización, los tutores no pueden inscribirse en el Registro de Tutores Voluntarios, segunda novedad introducida por la Ley italiana. Este listado agiliza de forma considerable el procedimiento de asignación de los representantes a los MENAs: nada más que a través de una consulta rápida al registro, al menor se le asigna un tutor. De esta manera, es altamente probable que el MENA estará asistido a lo largo del procedimiento de identificación; igualmente, el tutor es el encargado de presentar, cuando corresponda, demanda de protección internacional (a pesar de que incluso el propio MENA podría remitirla por sí solo). Finalmente, no se puede olvidar que el tutor voluntario realiza una labor benéfica, no recibe contraprestación alguna; de ahí que se evita cualquier conflicto de interés entre él y el menor.

63. Sin embargo, los poderes de representación del tutor voluntario no coinciden perfectamente (y por defecto) con los poderes generalmente asignados a la figura jurídica del tutor en el Cc. Ese “desapoderamiento” podría constituir un obstáculo para el establecimiento de aquella relación de confianza que se ha mostrado como instrumento eficaz de lucha contra el tráfico ilegal de migrantes (punto II.2). De hecho, los tutores voluntarios, aunque bien formados y ágilmente seleccionados, ostentan una responsabilidad muy limitada respecto al cuidado de esos niños y niñas, puesto que basta con que el MENA abandone su centro de acogida para que él se desprenda de su carga de representación. De tal manera que, así como se ha planteado, el tutor voluntario no podría contribuir de manera significativa a la realización de un verdadero seguimiento de cada MENA que le sea asignado; lo más probable es que renuncie a su estatuto.

64. Vuelve entonces un tema fundamental que se ha dejado entrever a lo largo de toda el análisis realizado: la colaboración y cooperación de representantes y autoridades entre distintos Estados miem-

¹¹⁵ En el caso de España, el art. 35. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000, establece que «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias». Una vez practicadas las pruebas para determinar la minoría de edad del menor, el Ministerio Fiscal dicta un decreto que, aunque no sea definitivo, no puede ser impugnado. La Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, p. 84, establece que el decreto tiene efectos provisionales puesto que la persona extranjera podrá ser sometida a pruebas complementarias en el caso de aportar nuevas pruebas como: documentos e identidad con datos biométricos o nuevas pruebas médicas (la Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España está disponible en el siguiente enlace: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2006.pdf?idFile=4abf06dc-da77-42f2-af15-3b204556f19e, último acceso al 14.10.2018). Ese sistema es contrario a los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del niño: así viene de deliberarlo el Comité de los Derechos del Niño en el Dictamen aprobado durante su 79º período de sesiones; *vid.* Comité de los Derechos del Niño (CRC), Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación Núm. 11/2017, CRC/C/79/D/11/2017, párr. 12.9 (documento disponible en el siguiente enlace https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f79%2fD%2f11%2f2017&Lang=en&utm_source=ECRE+Newsletters&utm_campaign=cc74dd094b-EMAIL_CAMPAIGN_2018_11_09_10_13&utm_medium=email&utm_term=0_3ec9497afd-cc74dd094b-422323097, último acceso al 09.11.2018).

bros. Se ha señalado como los Estados miembros (Italia incluida) están actuando en un contexto internacional de matriz regional al que no pueden sustraerse (punto III). Además, se ha comprobado que la falta de un dialogo entre sistemas nacionales puede resultar profundamente perjudicial para los menores y las menores afectados (punto II.). Se plantea finalmente la necesidad de que el legislador europeo se empeñe en promulgar un texto unificado en materia de MENAs, capaz de armonizar las legislaciones estatales existentes y de colmar las lagunas normativas presentes en el sistema internacional de normas. De ese acercamiento normativo, se conseguiría compensar la «desconfianza» que últimamente se está agudizando entre los Estados de la UE, lo cual impide la adopción de una política migratoria europea única y homogénea¹¹⁶.

65. En conclusión, mientras las competencias y actuaciones de las autoridades y representantes internos de los Estados miembros no vayan más allá de las líneas fronteras estatales, existe un factor de riesgo elevado de desprotección y explotación de los MENAs que se encuentran en el territorio de la UE. La UE se acerca cada vez más a la necesidad de un desarrollo normativo con carácter armonizador que fomente la colaboración entre Estados miembros. De esta manera solamente la protección de los MENAs en el territorio de la UE dejaría de ser un reto pendiente y se convertiría en una meta alcanzada.

V. Conclusión

66. Dos cuestiones problemáticas impiden hoy en día la consecución de una protección efectiva de los derechos de los MENAs que se encuentran en el territorio de la UE de conformidad con los principios y normas de Derecho Internacional y Derecho de la UE en materia de derechos humanos y del estándar mínimo de derechos que debe reconocérsele. En concreto: 1) la falta de un único procedimiento holístico-multidisciplinar de identificación de los MENAs indocumentados y de establecimiento de su minoría de edad; y 2) la inexistencia de un sistema común de asignación rápida de un tutor legal desinteresado y especializado en la materia (i.e. “exigencia de profesionalización”).

67. Respecto a la identificación de los MENAs y de la determinación de su minoría de edad, se ha destacado que la libertad de aplicación de un sistema de evaluación en cada país, diferente del adoptado en otro, se traduce en un problema de reconocimiento de decisiones cuando el MENA se desplaza de un Estado miembro al otro. El nivel de inseguridad jurídica es muy elevado, puesto que la persona migrante puede estar sometida a un segundo test de identificación, cuyo resultado no tiene por qué coincidir con el anteriormente obtenido. El caso de Ventimiglia, punto clave de migración entre Italia

¹¹⁶ El principio de confianza recíproca entre los Estados miembros es un concepto clave desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a partir de los años setenta con el caso *Dijon* (STJUE, de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, ECLI). De allí, el principio de confianza mutua, inicialmente pensado en el contexto del régimen de libre circulación de bienes y capitales ha sufrido una expansión interpretativa importante, hasta llegar a ser considerado como uno de los axiomas constitucionales de la legislación europea (K. LENAERTS, “The principle of mutual recognition in the Area of freedom, Security and Justice”, *The fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture*, All Souls College, Univeristy of Oxford, 30 de enero de 2015). Hoy en día el principio de confianza mutua encuentra su principal función en aquellas materias en las que los Estados miembros no ceden terreno a la Unión y siguen preservando con celo su propia soberanía normativa (*a sensu contrario* Título I del TFUE, arts. 2 y ss., en ese sentido *vid.* T. WISCHMEYER, “Generating Trust though Law: Judicial Cooperation in the European Union and the Principle of Mutual Trust”, *German Law Journal*, Vol. 17, No. 3, 2016, pp. 339-382.). Si hasta la fecha actual, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros era dado por descontado, los recientes contrastes en materia inmigratoria han determinado una brecha de desconfianza en el seno de la Unión Europea (C. BRADLEY, “European (Dis)Union: From the 1992 Single Market to Brexit”, *Univeristy of Miami International and comparative Law Review*, vol. 25, No. 1, 2017, pp. 1-62). Punto de tensión principal ha sido determinado por el sistema de reparto de responsabilidad entre Estados miembros para el examen de las solicitudes de protección internacional presentadas en la Unión Europea o, más sencillamente, el «sistema Dublín». El mecanismo ideado por la Unión Europea tiene como objetivo principal evitar el fenómeno del c.d. «forum shopping» y, en resumen, determinar la competencia de un Estado miembro en concreto para evaluar la demanda de protección internacional. Sin embargo, en el asunto *M.S.S. v. Belgium & Greece*, el TEDH manifestó por primera vez las consecuencias destructivas que habrían podido derivarse de ese planteamiento y abandonó la presunción de la existencia del principio de confianza mutua entre los Estados miembros en materia de asilo e inmigración (STEDH, de 21 de enero de 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, No. 30696/09).

y Francia, constituye un ejemplo claro y significativo de este fenómeno. Las autoridades francesas se niegan a reconocer como menores a las personas migrantes previamente identificadas como MENAs por el sistema italiano; de ahí la ejecución de numerosas devoluciones hacia Italia.

68. En segundo lugar, se debe compartir la idea por la cual el sistema de elección de los tutores para los MENAs es una herramienta que va mucho más allá de su mera representación legal. En este sentido se plantea: 1) la necesidad de que esos tutores reciban una formación y especialización previa a su designación y, 2) la previsión de un procedimiento de asignación ágil y rápido, para que el MENA reciba asistencia legal dentro del propio procedimiento de identificación. Estas dos previsiones alimentan la instauración de un trato de confianza entre el MENA y el tutor, lo que permitiría a este último disuadir al menor a tantear el abandono de su centro de acogida. Además, la instauración de una relación de intimidad permitiría al tutor extrapolar informaciones relevantes para la lucha contra la explotación y los abusos perpetrados por las redes ilegales de traficantes de personas migrantes.

69. Esas problemáticas no están reguladas por el Derecho internacional, pues, no existe ni a nivel internacional ni regional europeo una legislación específica en materia de MENAs. Sí existen normas generales de carácter internacional que protegen a los MENAs en cuanto seres humanos, lo que remite a la disciplina de protección de los Derechos Humanos en la UE. También contamos con el sistema SECA, a raíz del cual la UE ha desarrollado un conjunto de reglamentos y directivas en los que se prevén normas esporádicas dirigidas a la protección de esos menores. Estas previsiones normativas sugieren la necesidad de predisponer un sistema europeo de protección específico para los MENAs, un sistema idóneo para responder a las exigencias planteadas por sus propias vulnerabilidades.

70. Las soluciones aportadas por el Derecho interno italiano y, concretamente, las establecidas por la Ley núm. 47 de 2017 se revelan especialmente interesantes de cara a la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todos los MENAs que se encuentran en el territorio de la UE. De hecho, por un lado, la Ley núm. 47 de 2017 establece un mecanismo de identificación de los MENAs «holístico-multidisciplinar» que toma en consideración distintos factores (entre los cuales las características biológicas, sociales y culturales) indispensables para el establecimiento de la minoría de edad de la forma más fehaciente posible. Y, por otro lado, la Ley núm. 47 de 2017 establece un sistema de tutela muy original basado en la competencia de la Autoridad Garante para la Infancia y la Adolescencia. A este órgano se le ha asignado el papel fundamental de formar y educar a aquellas personas adultas que quieren asumir de forma voluntaria la tutela de los MENAs acogidos en el territorio italiano. Con dicha especialización, los tutores pueden acceder al Registro de Tutores Voluntarios: registro que los jueces de los menores consultan para designar rápidamente un tutor a cada MENA.

71. Sin embargo, a pesar del esfuerzo legislativo realizado por el gobierno italiano, ante un fenómeno de carácter global como es el de los MENAs la predisposición de unas repuestas nacionales limitadas a unos ordenamientos jurídicos en concreto no son capaces de hacer frente a las problemáticas objeto de nuestro análisis. De hecho, la falta de colaboración y cooperación entre autoridades nacionales (tutores incluidos) impide realizar un seguimiento efectivo y homogéneo de los MENAs que se encuentran en todo el territorio de la UE. El riesgo, es que los Estados infrinjan principios y derechos fundamentales de los MENA como la prohibición del *non refoulement*; o incluso que se deje al menor en las manos de los traficantes ilegales de migrantes.

72. En definitiva, la adopción de una normativa armonizadora por parte de las instituciones europeas es indispensable frente a la falta de dialogo entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros. Hoy en día, a la UE le compete armonizar los sistemas legislativos internos de cada Estado en materia migratoria; en consecuencia, solamente ella podrá imponer un nivel de comunicación satisfactorio entre los países de la UE. El desarrollo de un texto consolidado en materia de MENAs debería tomar como ejemplo el modelo legislativo italiano, al menos en los dos aspectos señalados. Primero, la imposición de un único procedimiento multidisciplinar para la identificación de los MENAs

y el establecimiento de su minoría de edad; de hecho, una armonización en ese sentido impondría a los Estados miembros reconocer las decisiones dictadas por sus vecinos, descartando la ejecución de devoluciones de MENAs y el margen de inseguridad jurídica que deriva de la sumisión de los MENAs a múltiples test de identificación. Y, segundo, la implementación de sistemas de representación de los MENAs fundados en la rapidez del procedimiento de elección y en la profesionalidad y gratuidad del trabajo desarrollado por los tutores. De esta manera la relación de confianza que se establece entre el tutor y el menor aportará múltiples beneficios: por un lado, contribuirá al desarrollo y cuidado del menor y, por otro, permitirá realizar un seguimiento efectivo sobre él y, por consiguiente, contrarrestar el tráfico ilegal de las personas migrantes.

73. Para la consecución de dichos objetivos, se podría pensar en la implementación de una base de datos común en la que confluyan las informaciones relevantes de todos los MENAs que se encuentran acogidos o dispersos en el territorio de la UE. Ese mecanismo permitiría realizar un seguimiento constante de esos menores migrantes y, sobre todo, agilizaría las tareas de las autoridades nacionales pudiendo éstas comprobar el historial del menor al completo (cuál fue el Estado de primera acogida y, en su caso, cuál es su domicilio; cuándo y cómo fue identificado; quién se le asignó como tutor etc.). Sin embargo, no se puede descartar tampoco la posibilidad de que la recolección y distribución descontroladas de esos datos (especialmente cuando sean calificados como “sensibles”) podría implicar el menoscabo de otros derechos fundamentales consagrados para la protección de todo ser humano; entre los cuales el derecho a una vida privada y familiar por ejemplo (art. 8 del CEDH). Esta reflexión, plantea la necesidad de seguir profundizando en la materia, en busca de la consecución de un sistema de protección de derechos de los MENAs en la UE lo más garante y equilibrado posible.

LA MAYORÍA DE EDAD: UN MAL SUEÑO PARA LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS*

THE LEGAL AGE: A NIGHTMARE FOR THE UNACCOMPANIED MINORS WHO ARE NATIONALS OF THIRD COUNTRIES

MÒNICA VINAIXA MIQUEL

*Profesora Agregada interina de Derecho internacional privado
Universitat Pompeu Fabra*

ORCID ID: 0000-0002-2132-7585

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>

Resumen: El objeto del presente estudio es analizar la situación de desprotección y los problemas con los que se encuentran los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) a partir del día que cumplen dieciocho años de edad, momento a partir del cual pasan a formar parte de un nuevo colectivo, el de los llamados ex MENA. También se examinan las soluciones actuales existentes en España y en la Comunidad Autónoma de Catalunya para ayudar y acompañar a los miembros de este colectivo en la fase de transición a la vida adulta, así como la regularización de su situación en el territorio español y la eventual adquisición de la nacionalidad española. Para la culminación de ambos procesos, estos jóvenes tienen que demostrar su integración en la sociedad española, requisito que, en la mayoría de los casos, es de difícil cumplimiento a la luz de la falta de formación, del bajo nivel de conocimiento de la lengua española y, en definitiva, de las circunstancias personales en las que se encuentran.

Palabras clave: Menor Extranjero No Acompañado (MENA), interés superior del menor, mayoría de edad, desamparo, regímenes de acogida, autorización de residencia, autorización de trabajo, nacionalidad española.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the situation of vulnerability and the problems that the Unaccompanied Foreign Minors, who are nationals of third countries, encounter from the moment they turn eighteen. The current solutions existing in Spain and in the Autonomous Community of Catalonia to help the Unaccompanied Foreign Minors along the transition period to adult life, are also analyzed. In addition, the analysis comprises the regularization of their situation in the Spanish territory and the eventual acquisition of Spanish nationality. For the completion of both processes, these young people have to demonstrate their integration in the Spanish society, a requirement that, in most cases, is difficult to comply with taking into account their lack of work experience, education, knowledge of the Spanish language and, in general, all the circumstances around them.

Keywords: unaccompanied minors who are nationals of third countries, the best interests of the child, child protection, legal age, protection regimes, residence authorization, work authorization, Spanish citizenship.

* La presente contribución se enmarca en el proyecto de investigación DER 2014-55573-R, financiado por el MEC y dirigido por el Dr. Josep Ferrer i Riba.

Sumario: I. Introducción. II. Los menores extranjeros no acompañados (MENA). 1. El concepto de MENA. 2. Condiciones para formar parte del colectivo MENA. A) Deben ser extranjeros o apátridas. B) Deben ser menores de 18 años. C) No deben estar acompañados. III. El régimen de protección de los MENA. 1. La repatriación. 2. La permanencia en el territorio español. IV. El desamparo de los MENA cuando adquieren la mayoría de edad. 1. Lugar donde vivir y regímenes de acogida. A) La tutela familiar. B) La tutela residencial. C) El retorno con la familia o al país de origen o de procedencia. D) Los pisos tutelados o asistidos. E) La extensión del programa de mentorías previsto para los refugiados. F) La vida en la calle. 2. La autorización de residencia. A) El MENA es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad. B) El MENA no es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad. 3. La autorización de trabajo. 4. La adquisición de la nacionalidad española. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Los menores de edad que se encuentran en España deben ser objeto de protección no sólo por parte de sus progenitores o representantes legales, sino también por parte de las autoridades públicas estatales dedicadas a la protección del menor. El art. 39 de la Constitución Española¹ recoge la obligación de protección de los menores como una responsabilidad compartida de la familia y de los poderes públicos y obliga a España al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989² y de otros instrumentos internacionales sobre protección de menores³.

2. En particular, por lo que se refiere a los menores de edad extranjeros, éstos pueden encontrarse en el territorio español en situaciones muy distintas⁴, pero, sin duda alguna, la situación que en la actualidad más preocupa a las autoridades españolas, tanto estatales como autonómicas, es la de los menores extranjeros no acompañados, comúnmente conocidos como MENA. Este fenómeno afecta a toda la Unión Europea, pero en algunos Estados miembros, como es el caso de España, más que en otros⁵.

En los últimos años, una de las principales preocupaciones con respecto al crecimiento de la inmigración en España ha sido, precisamente, el aumento del número de MENA que acceden al territorio español huyendo de sus países de origen para evitar los efectos negativos que puede tener para su desarrollo personal y educativo su entorno familiar (por ejemplo, por drogadicción, prostitución, malos tratos, etc.); por la situación política e incluso, en algunos casos bélica, de su país; por problemas económicos; desastres naturales ocurridos en su país, etc.⁶. En muchos casos, además,

¹ El art. 39 de la Constitución Española establece “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

² Vid. Instrumento de ratificación del Convenio por parte de España en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

³ Vid. A. TRIGUERO MARTÍNEZ Y R. VELA DÍAZ (Coord.), *Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes*, Junta de Andalucía, Consejería de Justicia e Interior, pp. 1-180, p. 15, publicado en <https://www.juntadeandalucia.es/export/drupal-jda/Tratamiento%20normativo%20y%20social%20menores%20inmigrantes.pdf>

⁴ En España hay menores que se encuentran en situación de estancia en el marco de programas humanitarios, ya sea con la finalidad de recibir un tratamiento médico o de pasar unas vacaciones, o bien en situación de estancia por estudios o con fines de escolarización; y menores extranjeros que son hijos de extranjeros cuyo tratamiento o régimen de protección depende de si han nacido o no en España y de si su progenitor se encuentra o no en situación regular en el territorio español.

⁵ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), SEC (2010) 534, Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final, pp. 16, p. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0213>.

⁶ En junio de 2018 el Gobierno español creó una nueva Comisión de asuntos para las migraciones, cuya primera reunión se celebró en el mes de julio con la finalidad de elaborar un informe que sirviera de guía de Trabajo para el encuentro celebrado una semana después con la comisión sectorial de inmigración en la que participan las Comunidades Autónomas. En esta reunión se llegó a la conclusión de que, en defensa del interés del menor, es necesario desarrollar un esfuerzo coordinado entre las diferentes administraciones responsables para asegurar la atención más adecuada, sin saturar los Servicios de las Comunidades Autónomas más afectadas. Los ejes de la nueva política migratoria son mantener la seguridad de las fronteras y respetar los

éstos acceden o se encuentran en el territorio español en condiciones infrahumanas o en situación de abandono⁷.

3. En un principio, el Estado español recibía a inmigrantes adultos o mayores de edad, sin embargo, desde los años noventa, una gran parte de la población que llega del extranjero está constituida por menores de edad. La mayoría de ellos proceden de Marruecos, tienen entre 14 y 17 años de edad y, predominantemente, son de sexo masculino, a pesar de que cada vez hay más chicas que forman parte de este colectivo⁸. La llegada de los MENA ha obligado a las autoridades españolas a tener presente el interés superior del menor en la regulación de los flujos migratorios y a plantearse hasta qué punto el sistema de protección a la infancia responde de manera adecuada a las necesidades y demandas de este colectivo o, si de lo contrario, es necesario articular nuevas modalidades de protección⁹. A día de hoy, las Comunidades Autónomas que mayor número de MENA reciben en su territorio son, por orden, Andalucía, País Vasco, Catalunya, Madrid y la Comunidad Valenciana, según datos recogidos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017.

4. Todos los menores extranjeros que se encuentran en el territorio español, con independencia de la situación en la que se hallen, quedan sujetos a la normativa nacional, regional, europea e internacional suscrita por España en materia de protección de menores sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, etc., tal y como se desprende del art. 1 y del art. 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)¹⁰. En España, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencia para proteger a todos los menores de edad que se encuentren en su territorio, con independencia de la nacionalidad que ostenten o de que sean apátridas.

5. Con fecha 31 de diciembre de 2016 figuraban inscritos en el Registro de MENA¹¹ un total de 3997 niños y niñas sometidos al régimen de tutela o acogimiento por los servicios de protección¹². Durante los años 2016 y 2017, las llegadas irregulares a las costas españolas se incrementaron en un 170% como consecuencia del cierre de otras rutas del Mediterráneo. El incremento del número de MENA que llegan a España ha desbordado completamente el sistema de acogida y se ha convertido en uno de los

derechos humanos. Vid. A. DIEZ, “Más de 7000 menores solos desafían la red de acogida”, *El País*, 2 de agosto 2018, pp. 1-5, p. 2 y 3, en https://elpais.com/politica/2018/08/02/actualidad/1533219085_007259.html y “Asciende a 7000 la cifra de menores extranjeros no acompañados en España”, 2 de agosto de 2018 en <https://www.publico.es/sociedad/asciende-7000-cifra-menores-extranjeros-no-acompanados-espana.html>, pp. 1-2, pp. 1 y 2.

⁷ Vid. J.J. ZABALA GUADALUPE, “La repatriación de menores extranjeros no acompañados”, XXIX Jornadas de Estudio, Derecho en Inmigración e Integración, celebradas del 21 al 23 de noviembre de 2007, Ministerio de Justicia. Abogacía General del Estado. Dirección del Servicio Judicial del Estado, 2008, pp. 455-479, p. 455.

⁸ Vid. S. SAROLEA, “Les mineurs étrangers non accompagnés. Principes en Droit international et européen”, en *La situation juridique des enfants migrants non accompagnés*, J. OUHIDA (Coord.), Publication du Groupe de Recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et Séminaires n°1, 2014, p. 9-22, p. 9.

⁹ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la reforma (de 2009) de la Ley de Inmigración”, en *La situation juridique des enfants migrants non accompagnés*, J. OUHIDA (Coord.), Publication du Groupe de Recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et Séminaires n°1, 2014, pp. 35-58, p. 36.

¹⁰ BOE núm. 15, de 17 de noviembre de 1996. Según el art. 1 LOPJM “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”. Y, el art. 3.1 LOPJM establece que “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia”.

¹¹ Según el art. 215 LOEx, el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados tiene, exclusivamente, como finalidad la identificación de los MENA. El Registro está coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal en base al art. 35 LOEx en el ámbito de su función de garantía de protección del interés superior del menor.

¹² Vid. M. PAGONABARRAGA, “Menores Extranjeros No Acompañados: una situación límite”, Centre d’Estudis Cristianisme i Justícia, Papeles núm. 245, 1 de mayo de 2018, pp. 1-4, p. 2, en <https://www.cristianismejusticia.net/es/menores-extranjeros-no-acompanados-una-situacion-limite>. M. Pagonabarraga es Abogada de la Dirección General de Atención a la Infancia en Catalunya (DGAIA) y miembro del equipo del área social de Cristianisme i Justícia.

retos en materia de asuntos sociales que en la actualidad afronta tanto el Gobierno español como los gobiernos de las Comunidades Autónomas receptoras de miembros de dicho colectivo. En el año 2018 la cifra prácticamente se duplicó, al contabilizarse 7000 MENA en el territorio español.

6. En Catalunya, concretamente, en el año 2018 llegaron 3600 menores no acompañados, más del doble que en 2017. Pero, lo más preocupante es que el Informe del Síndic de Greuges alerta que durante el 2019, si se sigue la tendencia actual, podrían llegar a entrar entre unos 5400 y 6000 jóvenes más. En Catalunya, en un solo día se atienden 3.166 MENA en 125 Centros¹³.

La intención de las autoridades catalanas es anunciar un plan de urgencia que permita ampliar el número de plazas en los centros, así como la dotación presupuestaria para poder afrontar la situación, aunque el Síndic de Greuges de Catalunya en su Informe al Parlament de 2018, puso de manifiesto que todos los esfuerzos serán insuficientes puesto que en el año 2019 se prevé que se registren cifras récord¹⁴. Actualmente, en Catalunya se está trabajando con la idea de abordar este problema de manera transversal, es decir, a través de la participación de todos los departamentos de la Generalitat¹⁵. Concretamente, se está tramitando la adopción de un Decreto en el que se detallarán las medidas encaminadas a favorecer la integración de este colectivo y a lograr su recuperación emocional. Las autoridades catalanas entienden que para ello es necesario que los distintos departamentos de la Generalitat participen para mejorar la situación en la que se encuentran los miembros de este colectivo.

Desde hace unos meses la Direcció General d'Atenció a la infància (DGAIA) trabaja con Afers Exteriors y con la Secretaria de Migraciones para ver cómo se puede mejorar y recuperar el programa Catalunya-Magreb (que funcionó de 2005 a 2012 para reducir las migraciones infantiles con iniciativas sociales y educativas en Marruecos). Se trata de hacer ver al colectivo MENA que en Marruecos también tienen oportunidades y de generar recursos para que se formen en su país de origen¹⁶. También se pretende informar de cuál es la realidad en Catalunya y España a los jóvenes que quieren dejar su país de origen, así como romper con según qué expectativas. El futuro Decreto también pretende poner en marcha otras medidas, entre las cuales destaca la apertura de plazas de justicia juvenil, crear un equipo ambulatorio de diagnóstico de salud mental y la posibilidad de acceder a la vivienda pública. También se está tratando con interior el tema de las pruebas de determinación de la edad, más en la línea de lo que propugnan ONG como *Save the Children* –que proponen llevar a cabo una evaluación global del desarrollo físico y psicológico del niño por parte de pediatras y especialistas- que no en el protocolo dictado por el Gobierno español, centrado en la realización de pruebas médicas. La DGAIA también está trabajando con el Departament d'Ensenyament para lograr un reparto territorial de los niños más equitativo y para reforzar las aulas. Las autoridades catalanas quieren garantizar la atención de los MENA y, sobretodo, su inclusión, lo cual exige movilizar recursos de todo tipo. Y el motivo es que “estos jóvenes han venido para quedarse, no están aquí de paso”¹⁷. Con este objetivo, el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya acaba de diseñar la denominada *Estratègia catalana per l'acollida i la inclusió*, una herramienta en la que participan sindicatos, entidades sociales y colegios profesionales para encauzar la autonomía de estos jóvenes migrantes¹⁸.

¹³ Vid. R. M.^a BOSCH, “Les conselleries promouran la inclusió dels menors”, *La Vanguardia*, Viure, 19 de noviembre de 2018, p. 5; R.M.^o BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *La Vanguardia*, 1 de febrero de 2019, Viure, p. 3.

¹⁴ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2018*, pp. 1-366, p. 114. El texto del Informe al Parlament, 2018 puede encontrarse en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/5012/Informe%20al%20Parlamento%202017%20cast.pdf>; J. CATÀ, “Cataluña prepara un plan urgente para menores extranjeros no acompañados”, 13 de junio de 2018, pp. 1-3, en https://elpais.com/ccaa/2018/06/13/catalunya/1528908870_854884.html; R.M.^o BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

¹⁵ Vid. R.M.^a BOSCH, “Les conselleries promouran la inclusió dels menors”, *loc. cit.*, p. 5.

¹⁶ Sobre la necesidad de buscar soluciones en el país de origen Vid. el Apartado núm. 5 de la Exposición de motivos del Protocolo sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, de 13 de octubre de 2014 (*BOE* núm. 251, de 16 de octubre de 2014); M.^a T. SALCES RODRIGO, “Políticas públicas y menores extranjeros no acompañados”, en *SAVE THE CHILDREN* (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, 2007, pp. 1-118, pp. 109-118, p. 117. Esta publicación fue el resultado de las Jornadas que bajo el mismo título se celebraron en Sevilla el 22 y 23 de noviembre de 2007; y R. M.^a BOSCH, “Les conselleries promouran la inclusió dels menors”, *loc. cit.*, p. 5.

¹⁷ Tal como señala Georgina Oliva, Secretaria de Infància, Adolescència y Joventut de la Generalitat de Catalunya en la entrevista realizada por R.M.^a BOSCH, *Ibid.*, p. 5.

¹⁸ Vid. R. M.^a BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

7. El interés superior del menor es un principio de Derecho internacional que se encuentra reconocido por las normas internacionales, de la Unión Europea y por las normas de origen estatal pertenecientes tanto al ámbito civil y administrativo, como al ámbito penal. Según el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1989, “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 la que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁹. De conformidad con la citada disposición, desde hace algunos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la finalidad de garantizar una mayor protección a los MENA que se encuentran en Europa en situación de desamparo, ha venido trazando las pautas que deberían seguir los legisladores estatales a la hora de legislar sobre esta materia²⁰.

8. La vulnerabilidad que caracteriza a este colectivo justifica que éstos no sólo se beneficien de un régimen de protección específico, inspirado en el principio de la protección del interés superior del menor²¹, sino también de un régimen de extranjería más favorable que el aplicable a los extranjeros mayores de edad que se encuentran en España en situación irregular²². La normativa sobre extranjería aplicable a los MENA prioriza su condición de “menores no acompañados” por encima de su estatuto de extranjeros²³. En aplicación de este régimen especial de extranjería, ningún menor de edad puede ser objeto de una medida de expulsión como sanción, aunque no esté acompañado ni disponga de la documentación que acredite su estancia legal en España, (art. 35 LOEX y arts. 189 a 197 RLOEx). Los MENA tampoco pueden ser objeto de una devolución en caliente, pero sí que pueden ser repatriados²⁴. No obstante, como veremos más adelante, en la práctica los miembros de este colectivo acaban siendo tratados más bien como inmigrantes que como menores²⁵.

9. En España, el tratamiento y la protección de los MENA durante su minoría de edad es, tal como se ha destacado, una de las principales preocupaciones del Estado y de las Comunidades Autónomas. Pero, a nuestro juicio, uno de los problemas más complejos con el que se enfrenta este colectivo es el relativo a cómo deben afrontar la mayoría de edad desde el momento en que cumplen los 18 años de edad. Esta preocupación surge debido a que el principio del interés superior del menor tiene una fecha de caducidad, es decir que, queda automáticamente desactivado a partir del momento en que el menor cumple los 18 años de edad. A partir de este momento, los MENA –que ya no son MENA, sino ex MENA –, quedan excluidos del régimen de protección y del régimen de extranjería específico del que se benefician mientras son menores²⁶, derivándose, en muchos casos, graves consecuencias para sus vidas y, en ocasiones, incluso, para la vida de la sociedad en general. En definitiva, el elemento clave para identificar a los MENA y activar el sistema de protección no es el hecho de estar desamparados ni

¹⁹ Vid. el Instrumento de ratificación del Convenio por parte de España en el *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

²⁰ Vid. F.J. Díez Morrás, “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *Revista Española de Derecho Universidad de la Rioja (REDUR)*, diciembre, 2012, núm. 10, pp. 95-104, p. 102.

²¹ Vid. P. Rodríguez Mateos, P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 484 y 485; E. Pallarés Vaquero, “Extranjería”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, op. cit., pp. 33-47, p. 33.

²² Vid. L. Garau Juaneda, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español”, *VVAA, La situation juridiques des enfants migrants non accompagnés*, Pr. Jamila Ouhida (Coord.), Group de recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et séminaires, n° 1, 2014, pp. 81-90, p. 81; G. Esteban de la Rosa, “La situación de los menores no acompañados en España. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la reforma (de 2009) de la Ley de inmigración”, *loc. cit.*, p. 37.

²³ Vid. L. Garau Juaneda, el régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español”, *loc. cit.*, p. 81.

²⁴ Vid. A. Triguero Martínez y R. Vela Díaz (Coord.), *Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes*, op. cit., p. 15.

²⁵ Vid. P. Manrique, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 2. Se trata de un artículo que recoge la opinión y las sugerencias de Núria Empez, Coordinadora del libro *Dejados crecer (Virus 2014)*, relativo a los MENA. En el citado libro se pone de relieve el vía crucis por el que este colectivo debe pasar, incluso cuando queda sometido al régimen de protección de las autoridades españolas, <https://www.diagonalperiodico.net/libertades/25246-tratan-menores-como-problema-del-protegerse.html>.

²⁶ Vid. Artículos 35 y 62.4 LOEX y artículos 189 a 196 y 215 RLOEx.

tampoco el de ser extranjeros, sino la determinación de su edad y, más concretamente, la constatación de que son menores de 18 años.

En muchos de los casos, durante el proceso de identificación surgen dudas acerca de la edad de los jóvenes inmigrantes que se encuentran en España en situación de desamparo, siendo el Ministerio Fiscal el órgano competente para ordenar, si lo considera conveniente, que se practiquen las pruebas oportunas para su determinación (art. 35.3 LOEX).

10. Son pocos los MENA que, al llegar a España, solicitan protección internacional. En el año 2015, de 334 MENA tutelados, sólo 25 solicitaron este tipo de protección. Los motivos del escaso número de solicitudes son, principalmente, la falta de información por parte de las autoridades españolas de todos sus derechos –los menores no son informados de la posibilidad de obtener asilo–, el miedo a que se les deniegue dicha protección y, en consecuencia, el pánico a ser repatriados a su país de origen o de procedencia. La situación de los MENA que solicitan asilo en España, no obstante, no es objeto de análisis en el presente trabajo²⁷.

11. En la actualidad, y desde hace algunos años, dar respuesta a la pregunta ¿Qué hacer con los MENA cuando cumplen los 18 años? constituye uno de los grandes retos políticos²⁸. El objeto de nuestro trabajo no es profundizar en el régimen de protección previsto por la legislación española para los MENA, sino destacar la situación de desprotección y los problemas con los que se encuentran los miembros de este colectivo una vez adquieren la mayoría de edad. El presente estudio centra la atención en las soluciones que en la actualidad se contemplan en España y en algunas Comunidades Autónomas, como Catalunya, para ayudar y acompañar a los miembros de este colectivo hasta que son autónomos o independientes, valorándose hasta qué punto las soluciones actuales son o no suficientes y adecuadas tanto para los propios ex MENA como para la sociedad en general.

12. Para los jóvenes españoles cumplir 18 años supone el inicio de una nueva etapa que se afronta con entusiasmo e ilusión por cuanto, teóricamente, representa el acceso a la emancipación y a la vida independiente. En cambio, para los MENA, particularmente para aquellos que han estado bajo la tutela de un centro de acogida, la llegada de este momento viene a suponer como un salto al vacío por cuanto, como se ha destacado anteriormente, por el simple hecho de haber dejado de ser menores estos jóvenes ya no pueden beneficiarse del régimen de protección al que han estado sometidos durante su minoría de edad²⁹.

13. Actualmente, una de las soluciones para evitar que los MENA queden en situación de desamparo al llegar a la mayoría de edad es la de prolongar el régimen de protección al que han estado sometidos con anterioridad. Otra de las soluciones es la de articular un nuevo régimen de protección o de acompañamiento atendiendo a las nuevas circunstancias de estos jóvenes. El problema es encontrar el sistema más adecuado y afrontar el coste de su implementación. Tanto la ampliación de los regímenes de protección de menores como la articulación de nuevos sistemas de protección específicos para mayores de edad requiere, principalmente, que el gobierno español y los gobiernos de las Comunidades Autónomas destinen más recursos económicos para poder contar con más infraestructuras y con personal especializado en cuidar y acompañar a los miembros de este colectivo³⁰. En cualquier caso, con independencia del régimen que se adopte, es preciso que se tengan en cuenta las circunstancias personales del ex MENA.

²⁷ Al respecto Vid. M. REQUEJO ISIDRO, “La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2017, V. 9 núm. 2, pp. 482-505.

²⁸ Vid. “Y cuando cumplen los 18 ¿qué?”, *El Faro Ceuta*, pp. 1-3, p. 2.

²⁹ Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, “Joves tutelats i transició cap a la vida independent”, Trabajo de Fin de Grado. Grado en Educación Social, UAB, junio 2015, p. 2.

³⁰ El Presupuesto para 2018 en el área de Inmigración y Emigración ascendió a 380,49 millones de euros, lo que representó un incremento del 1,9% con respecto al ejercicio anterior. Concretamente, por lo que se refiere a la protección de los MENA, se incrementó en un 87%, pasando de 3,45 millones de euros en 2017 a 6,45 millones en 2018. Vid. “La dotación para la protección de los “menas” se incrementa hasta los 6,45 millones”, en <http://elpueblodeceuta.es/not/28757/la-dotacion-para-la-proteccion-de-los-lsquo-menas-rsquo-se-incrementa-hasta-los-6-45-millones/>, 23 de abril de 2018.

II. Los menores extranjeros no acompañados (MENA)

1. El concepto de MENA

14. Para abordar la delicada situación en la que se encuentran los MENA a partir del momento en que cumplen los 18 años de edad, previamente resulta imprescindible precisar quiénes son los MENA y destacar las condiciones que deben cumplir los miembros que forman parte integrante de este colectivo.

La mayoría de los textos que resultan aplicables a los miembros que integran este colectivo tienen en común que parten de una noción propia y autónoma de MENA y que prescinden de las normas de conflicto sobre la ley aplicable al estado y capacidad de las personas físicas a efectos de determinar su minoría/mayoría de edad.

La Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros³¹, define a los MENA como “a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos”. La citada Resolución también considera como MENA “a los menores nacionales de terceros países que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos”.

Esta definición fue la utilizada por el legislador español al adoptar el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (RLOEx), tras su reforma por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Según el art. 189 RLOEx, “es MENA el extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

La noción de MENA también se encuentra definida en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, cuyo artículo 2 f) dispone que, a efectos de su aplicación “es menor no acompañado, el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros”³².

La citada disposición, recientemente, ha sido objeto de interpretación por parte del TJUE en la STJUE de 12 de abril de 2018. C-550/16, *A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*³³, en cuyo pronunciamiento el tribunal establece que “el artículo 2, letra f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en relación con el artículo 10, apartado 3, letra a), de ésta, debe interpretarse en el sentido de que debe calificarse de “menor”, a efectos de esta disposición, al nacional de un tercer país o al apátrida que, en el momento de su entrada en el territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo en ese Estado, tenía menos de 18 años, pero que, durante el procedimiento de asilo, alcanza la mayoría de edad y al que posteriormente se le reconoce el estatuto de refugiado”.

En este asunto, una menor de edad no acompañada y procedente de Eritrea entró en el territorio de los Países Bajos y presentó una solicitud de asilo. Con posterioridad, la menor alcanzó la mayoría de edad y, seguidamente, las autoridades holandesas le concedieron una autorización de residencia en virtud del derecho de asilo que le había sido reconocido. Dicha autorización era válida por un período de cinco años a contar desde la fecha de la solicitud de asilo. A continuación, siendo ya mayor de edad, una organización holandesa presentó, en nombre de la interesada, una autorización de residencia temporal

³¹ DOCE N° C 221, de 19 de julio de 1997, pp. 23-27.

³² DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12 a 18.

³³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C32EA8182EE94AABC28341A92F70230B?text=&docid=200965&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11141205>.

para sus padres y para sus tres hermanos menores, al amparo del derecho a la reagrupación familiar. Dicha solicitud le fue denegada por las autoridades holandesas debido a que en la fecha de la presentación de la solicitud aquélla era mayor de edad. La resolución denegatoria fue objeto de recurso ante el alto órgano jurisdiccional holandés, el cual, ante los problemas de interpretación del art. 2.f de la Directiva 2003/86/CE, acudió al TJUE. La cuestión objeto de debate era cuál debía ser la fecha a tener en cuenta para determinar si una persona puede ser calificada como “menor no acompañada”, la fecha de su entrada en el Estado miembro de que se trata o la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar. Según se desprende del pronunciamiento del TJUE, la edad que debe tenerse en cuenta es la que el interesado tiene en el momento de presentar la solicitud de asilo, no la del momento en el que el asilo le es concedido formalmente ni tampoco la del momento de solicitar la autorización de residencia por reagrupación familiar. La solución articulada por el TJUE garantiza un trato idéntico y previsible a los menores que se encuentran cronológicamente en la misma situación, al asegurar que el éxito de la demanda de reagrupación familiar dependa, sobre todo, del solicitante, no de la Administración³⁴. En definitiva, la conclusión a la que llega el Tribunal de Luxemburgo es que los menores extranjeros no acompañados que reciben asilo en la Unión Europea mantienen su derecho a la reagrupación familiar incluso cuando han alcanzado la mayoría de edad.

Según el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA (Protocolo Marco)³⁵, la noción de menor extranjero no acompañado (MENA) se refiere “al extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el artículo 189 RLOEx”.

La Observación General nº6 del Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen, elaborada por el Comité de los Derechos del niño de las Naciones Unidas en el año 2005, establece que los “niños no acompañados”, o también llamados “menores no acompañados”, “son los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”³⁶. El citado texto se remite al art. 1 de la Convención sobre Derecho del niño de 20 de noviembre de 1989, que, a efectos de su aplicación, a diferencia de los otros textos normativos, parte de una perspectiva conflictual al definir el concepto de “niño”. Según el art. 1 Convención, es niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”³⁷.

2. Condiciones para formar parte del colectivo MENA

15. Según se desprende de la definición de MENA que incorporan la mayoría de los textos normativos referenciados en el apartado anterior, las condiciones que de manera acumulativa deben cumplir los jóvenes extranjeros para ser considerados como miembros integrantes del colectivo MENA son, esencialmente, tres. Deben ser extranjeros o apátridas, menores de 18 años y no deben estar acompañados.

A) Deben ser extranjeros o apátridas

16. Los MENA son jóvenes que no ostentan la nacionalidad española y que no han nacido en el territorio español. Es decir, son extranjeros o apátridas. La mayoría de los MENA que se localizan o encuentran en el territorio español proceden de Marruecos y de otros países del Magreb, como Argelia,

³⁴ Apartado núm. 60 de la STJUE de 12 de abril de 2018, C-550/16, *A y S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.

³⁵ Vid. Resolución de 13 de octubre de 2014 de la subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014).

³⁶ Observación General nº6 (2005) del *Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen* del Comité de los Derechos del niño., 39º período de sesiones, de 17 de mayo a 3 de junio de 2005, III-7 y 9, p.6 en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

³⁷ Vid. el Instrumento de ratificación del Convenio por parte de España en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

aunque cada vez hay más MENA procedentes de países del África subsahariana, como Senegal, Ghana y Nigeria³⁸, así como también de América del Sur y de países de la Europa del Este³⁹.

17. Según la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, quedan excluidos de su propio ámbito personal de aplicación, “los nacionales de terceros países, familiares de nacionales de un Estado miembro de la UE, así como también los nacionales de un Estado miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y sus familiares, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos, cuando ejerzan su derecho de libre circulación en virtud del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, respectivamente”.

El Protocolo Marco únicamente considera como menores extranjeros no acompañados aquellos que no se encuentran sometidos al régimen de la Unión Europea previsto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (Capítulo III, Apartado 2º del Protocolo). Es decir, son MENA los nacionales de terceros Estados que no sean miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴⁰. Algunos menores extranjeros no acompañados proceden de Rumanía, país que entró a formar parte de la UE en el año 2007. Estos menores, a partir de la citada fecha, ya no son considerados extranjeros ni, por consiguiente, como miembros integrantes del colectivo MENA en sentido estricto⁴¹. Los MENA beneficiarios del régimen UE quedan sujetos al régimen específico previsto en el Capítulo III del Protocolo Marco.

B) Deben ser menores de 18 años

18. Los MENA son jóvenes menores de 18 años. A pesar de que el estado y la capacidad de las personas físicas en España se rige por su ley nacional (art. 9.1 C.c)⁴², las normas que definen a este colectivo ofrecen una regulación material o sustantiva, propia o autónoma que fija los 18 años como edad en la que los individuos dejan de ser menores. Por consiguiente, aunque el extranjero, según su ley nacional, no haya alcanzado todavía la mayoría de edad al cumplir los 18 años⁴³, será considerado como un MENA por parte de las autoridades españolas en base al art. 189 del RLOEx.

19. De los distintos elementos que definen a los MENA, el que más problemas de comprobación plantea en la práctica es, sin duda alguna, el de la determinación de la edad. El elemento clave a efectos de activar el régimen de protección previsto para los MENA es comprobar que el individuo tiene una edad inferior a los 18 años⁴⁴. En España, el procedimiento a seguir para determinar la edad de los extranjeros que se encuentran solos o no acompañados en el territorio español se encuentra regulado en el art. 190 RLOEx.

20. En los casos en los que los individuos aportan su pasaporte o documentación personal y en tales documentos consta su fecha de nacimiento, en principio, si la documentación no es falsa y, además, por la apariencia se aprecia claramente que el individuo es un menor, su edad ya queda correctamente

³⁸ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, VVAA, *La situation juridiques des enfants migrants non accompagnés*, Pr. Jamila Ouhida (Coord.), Group de recherche “Migration internationale et Droit”, Colloques et séminaires, nº1, 2014, pp. 59-80, p. 59; M. PAGONABARRAGA, “Menores Extranjeros No Acompañados: una situación límite”, *loc. cit.*, p. 2.

³⁹ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 59.

⁴⁰ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, *op.cit.*, p. 488; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 59.

⁴¹ *Ibid.*, p. 59.

⁴² Según el art. 9.1 C.c., “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida conforme a la ley personal anterior”.

⁴³ En los Estados miembros de la UE, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años. En España así lo establece el art. 12 CE y el art. 315 C.c. Sin embargo, hay algunos países en los que la mayoría de edad se adquiere en una edad inferior a los 18 años (Albania, Nicaragua, Uzbekistán o Kirguistán), y otros en los que se adquiere en una edad superior (Corea del Sur, Japón, Estados Unidos).

⁴⁴ Vid. Fundación Raíces, *Sólo para estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, pp. 1-95, p. 40.

determinada. Sin embargo, en algunas ocasiones las autoridades españolas no han considerado como válida la fecha de nacimiento que consta en los pasaportes que aportan los extranjeros. Otro de los problemas que se plantea en la práctica es que, con frecuencia, los extranjeros entran o se encuentran en el territorio español indocumentados, resultando muy difícil determinar cuál es exactamente su edad y, por consiguiente, constatar si son menores o mayores de 18 años. En la práctica, se entiende por indocumentado tanto quien carece de toda documentación identificativa, como quien aporta un pasaporte o documentación similar que pueda resultar falso⁴⁵.

21. El TS en muchas ocasiones se ha pronunciado a favor de la fuerza probatoria del pasaporte u otra documentación mientras no se haya impugnado la autenticidad de dichos documentos⁴⁶. Si las autoridades españolas tienen indicios sobre la falsedad de la documentación aportada por el extranjero e incluso sospechan de la ausencia de rigor en los controles seguidos en el estado de origen para su expedición, pueden solicitar el poder contrastar los datos de los pasaportes con los registros públicos del Estado de origen del supuesto menor, siendo para ello necesario solicitar la cooperación de las autoridades de dicho Estado⁴⁷. Asimismo, si las autoridades españolas dudan de la edad del supuesto menor, pueden incluso solicitar la realización de pruebas médicas como, por ejemplo, la medición ósea de su muñeca. El problema es que en muchos casos las pruebas médicas a las que estos sujetos quedan sometidos son muy invasivas e incluso pueden tener efectos secundarios en su salud. Asimismo, el procedimiento que conlleva su realización es tan largo que, en algunos casos puede suceder que el extranjero haya entrado en el territorio español siendo menor de edad y que ya haya cumplido los 18 años en el momento en que los resultados de las pruebas médicas a las que ha sido sometido están disponibles.

El TS, en la sentencia de 23 de septiembre de 2014⁴⁸, vino a establecer la doctrina jurisprudencial siguiente: “El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues cabe cuestionar, sin una justificación razonable, por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. [...] En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad»⁴⁹. Sin embargo, a pesar del criterio establecido al respecto por el TS en la citada sentencia y reiterado en sentencias posteriores⁵⁰, el Defensor del pueblo ha denunciado que en la actualidad las pruebas radiológicas siguen utilizándose en exceso para la determinación de la edad de los migrantes⁵¹.

⁴⁵ El Capítulo II, Apartado sexto, punto 2 del Protocolo Marco enumera las circunstancias en las que los pasaportes y documentos no son suficientes para reconocer la condición de menor de edad y de filiación.

⁴⁶ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit., p. 488.

⁴⁷ Vid. Fiscalía del Estado, Unidad de extranjería, *Menores Extranjeros No Acompañados. Valoración de los documentos de identidad extranjeros en los expedientes de determinación de la edad*. <http://web.icam.es/bucket/VALORACIÓN%20DOCUMENTOS%20IDENTIDAD%20EXTRANJEROS.pdf>.

⁴⁸ Vid. STS núm. 453/2014, de 23 de septiembre de 2014 (recurso núm. 1382/2013), ROJ: STS 3818//2014.

⁴⁹ Vid. A. DE PALMA DEL TESO Y A. GONZÁLEZ GARCÍA, “La determinación de la edad de los Menores Extranjeros No Acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del TS”, *RJC*, 2015, núm. 3, pp. 39-65; y D. VÁZQUEZ GARCÍA, “La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil. Comentario a las STS, Sala 1.ª, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013) y de 24 de septiembre de 2014 (rec. 280/2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8420, de 13 de noviembre de 2014; M^aA. CEBRIÁN SALVA, *Comentario de las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014. Valor de la documentación que aportan los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación pudiera no conciliarse con la realidad física* pp. 367-376, https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013.

⁵⁰ Vid. la STS núm. 452, de 24 de septiembre de 2014 (recurso 280/2013), ROJ: STS 3817/2014; y la STS núm. 411/2015, de 3 de julio de 2015 (recurso 341/2014), ROJ: STS 3160/2015. En esta última sentencia, el TS fundamentó su decisión en la doctrina jurisprudencial emitida en la STS de 23 de septiembre de 2014, al admitir el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, de nacionalidad marroquí, contra la sentencia del tribunal de 1ª instancia núm. 19 de Barcelona, y estimar la demanda formulada por el mismo contra la DGAIA. Según el alto órgano jurisdiccional, cuando dicha autoridad dictó la resolución de 3 de marzo de 2011, el demandante era menor de edad y, por lo tanto, debía haber quedado bajo la protección que la ley dispensa a los MENA.

⁵¹ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 5.

22. Según el art. 12.4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, modificada por la Ley 26/2015, de 22 de julio, “Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad”. A través de este precepto el legislador español vino a establecer que la presunción de minoría de edad debe prevalecer en todos los procedimientos de determinación de la edad, hasta que ésta no quede determinada. Si no se puede constatar que la persona es mayor de edad, se presume que es menor de edad⁵².

Es muy importante que las autoridades españolas no cometan errores en la determinación de la edad, particularmente con respecto a los adolescentes entre 16 y 17 años que por su complexión física puedan parecer mayores de edad. Un error en la determinación de la edad de estos jóvenes marcará su futuro en la medida que, en lugar de beneficiarse del régimen de protección previsto para los MENA, tendrán que afrontar las dificultades y los inconvenientes que sufren los inmigrantes mayores de edad, cuando en realidad son menores⁵³.

23. El problema es que las autoridades, tanto las españolas como la del país de origen del menor, no siempre actúan correctamente, sino movidas por intereses estatales. Las autoridades españolas en muchas ocasiones concluyen que el individuo es mayor de edad a efectos de excluirlo del régimen de protección del que se benefician los MENA. Es decir, que hacen todo lo posible para que se declare su mayoría de edad con el objetivo de quitárselos de encima cuanto antes⁵⁴. Contrariamente, las autoridades del Estado de origen en muchos casos certifican que es menor de edad un individuo que en realidad es mayor de edad, llegando incluso a falsificar su pasaporte o documentación con el fin de que en el país de destino pueda beneficiarse del régimen de protección previsto para los MENA. El régimen de protección integral del que se benefician los MENA en España constituye un atractivo para los progenitores y familiares de los menores extranjeros, que ven en la activación de dicho régimen protector una salida para el futuro de sus hijos o familiares⁵⁵. Otro de los factores que atrae a los propios MENA y a sus familiares para que aquéllos se trasladen solos al territorio español es que, por el solo hecho de ser menores y hasta que cumplan los 18 años de edad, podrán permanecer en España en situación regular sin poder ser sancionados, por ejemplo, con la expulsión.

C) No deben estar acompañados

24. No todos los extranjeros menores de 18 años que entran o que se encuentran en el territorio español son MENA, sino que únicamente lo son aquellos que llegan o que se encuentran en España sin estar acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o conforme a la costumbre; y aquellos que llegan o que se encuentran en España falsamente acompañados, es decir, acompañados de un adulto que aparenta ser su progenitor, un pariente o responsable de los mismos, pero que no aporta ningún documento veraz y fiable para acreditar el vínculo que les une (art. 189 RLOEx). Los MENA son, por naturaleza, individuos que se encuentran siempre en situación de desamparo o desprotegidos⁵⁶.

25. No quedan incluidos dentro de la noción de MENA los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en España por razones de estudio, ni tampoco los menores desplazados temporalmente a España dentro de programas con fines de escolarización, tratamiento médico o de vacaciones⁵⁷.

⁵² La presunción de la minoría de edad es la solución que, antes de la reforma introducida por la Ley 26/2015, proponía A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 69; y A. LÓPEZ AZCONA, “La problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados”, pp. 1-35, p. 14, en <https://studylib.es/doc/273364/los-menores-extranjeros-no-acompañados>.

⁵³ Vid. R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los “MENA” desde que pisan España hasta cumplir 18”, pp. 1-13, p. 5, en <http://www.rtve.es/noticias/20180908/soledad-riesgo-exclusion-vida-mena-desde-pisan-espana-hasta-cumplir-18/1792961.shtml>

⁵⁴ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España...”, *loc. cit.*, p. 36.

⁵⁶ Vid. L. GARAU JUANEDA, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español”, *loc. cit.*, p. 84.

⁵⁷ Vid. E. PALLARÉS VAQUERO, “Extranjería”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores*

III. El régimen de protección de los MENA

26. Cuando los jóvenes inmigrantes son localizados en el territorio español por los cuerpos y fuerzas de seguridad, inmediatamente son puestos a disposición de los servicios de protección de menores, los cuales asumen de manera inmediata su protección. Esta actuación debe ser comunicada al Ministerio Fiscal (art. 35.3 LOEx). A continuación, debe determinarse si los jóvenes inmigrantes son considerados MENA y, fundamentalmente, si son o no menores de edad, a efectos de activar o no de forma inmediata el régimen de protección específico previsto por la legislación española para este colectivo. El art. 35 LOEx es la disposición que establece los pilares básicos del régimen de los MENA.

27. Cuando los jóvenes son identificados como MENA, los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se encuentran o localizan deben actuar de manera inmediata y tomar las medidas que consideren oportunas, siempre ponderando el interés superior del menor, tal como establece el art. 11.2 a) en relación con el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor. En estos casos, de conformidad con el art. 172.1 C.c y con el art. 35.3 LOEx, se pone en marcha de manera automática un régimen de tutela por parte de la Administración. Sin embargo, según dispone el Protocolo, a pesar de que los servicios de protección de menores asumen de manera inmediata la protección de los MENA, éstos no asumen directamente y en sentido estricto su tutela, sino que previamente, y una vez ha quedado establecido el desamparo del menor y la imposibilidad de reagruparlo o repatriarlo con su familia (arts.191 a 198 RLOEx), es necesario que se adopte una resolución de tutela⁵⁸.

28. Por lo tanto, el régimen de protección de los MENA puede seguir dos direcciones distintas: la repatriación del menor a su país de origen o en el que se encuentren sus familiares; o bien, la expedición de una autorización para su permanencia en España⁵⁹.

1. La repatriación

29. La política de los MENA se orienta, fundamentalmente, a conseguir el retorno del menor a su país de origen o procedencia, salvo que sea perjudicial o contrario al interés superior del menor. La legislación de extranjería dispone que, con antelación a la ejecución del retorno, se verifique que el mismo no va a comportar ningún riesgo o peligro para el menor o su familia (art. 62 LOEx). Con esta finalidad, la Administración deberá solicitar informes sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática de su país de origen. Asimismo, si el menor tiene suficiente juicio, deberá ser oído y tanto el Ministerio Fiscal como los servicios de protección del menor deberán emitir un informe sobre la conveniencia o no de llevar a cabo su repatriación. Finalmente, la Administración del Estado decidirá, mediante una resolución, si debe iniciarse el procedimiento de repatriación del MENA a su país de origen o al país en el que se encuentren sus familiares (art. 35.5 LOEx), o bien si éste debe permanecer en España.

30. Con el objetivo de favorecer la repatriación o el retorno de los MENA, el Gobierno español promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, íntegramente, la prevención de la inmigración irregular y la protección y el retorno de los menores no acompañados (art. 35.1 LOEx). Una buena muestra de la voluntad de cooperación en esta materia es el Acuerdo bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno con-

Extranjeros No Acompañados en Andalucía, op. cit., pp. 33-47, p. 35, publicada a raíz de las Jornadas que bajo el mismo título se celebraron el 22 y 23 de noviembre de 2007 en Sevilla.

⁵⁸ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit., p. 493.

⁵⁹ Vid. I. DESVIAT, “¿Qué pasará con los menores no acompañados del “Aquarius”?” pp. 1-7, pp. 1 y 3, en https://elpais.com/economia/2018/06/18/mis_derechos/1529329965_315585.html.

certado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007⁶⁰, aunque en la práctica a través de su aplicación no se ha logrado el propósito para el que se adoptó. La repatriación de los MENA se realiza por la vía de la reagrupación familiar o con su puesta a disposición a manos de los servicios de protección de menores, si se dan las condiciones adecuadas para su tutela (art. 35.5 LOEx)⁶¹.

31. Según el Informe de Human Rights Watch de 2008⁶², algunas Comunidades Autónomas españolas, como es el caso de Andalucía, han llevado a cabo repatriaciones sin salvaguardar el interés superior de los menores, ya sea porque los menores no han sido escuchados o porque no han sido adecuadamente representados en el procedimiento de repatriación. Las condiciones insuficientes en las que se producen muchas de las repatriaciones de MENA a su país de origen han sido denunciadas de manera reiterada y se ha pedido al Estado español que tales denuncias sean debidamente investigadas y que garantice el cumplimiento de la normativa nacional e internacional en materia de protección de menores⁶³. En muchos casos es el propio ente público que ostenta la representación legal del menor el que promueve la repatriación del mismo a su país de origen o al país en el que se encuentran sus familiares, existiendo en tales casos un claro conflicto de intereses⁶⁴. En este sentido deben mencionarse dos sentencias del TC, ambas de 22 de diciembre de 2008⁶⁵, en las que el alto órgano jurisdiccional español declaró que se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de dos menores marroquíes que quedaron en situación de indefensión en sus respectivos procedimientos de repatriación promovidos por el ente estatal que había promovido su tutela. Una de las finalidades del legislador español al adoptar la LOEx 2/2009, por la que se modificó la LO 4/2000, fue, precisamente, incorporar la citada jurisprudencia del TC en la nueva Ley de Extranjería (art. 35.6 LOEx)⁶⁶. En ocasiones, también se observa la presencia de menores no acompañados en los Centros de internamiento de extranjeros (CIE), a pesar de que las leyes de protección del menor y la propia legislación en materia de extranjería lo prohíben (art. 62.4 RLOEx)⁶⁷; así como también las devoluciones en caliente de menores extranjeros no acompañados, las cuales se llevan a cabo sin que puedan identificarse situaciones de vulnerabilidad, es decir, si el inmigrante es un refugiado, una víctima de trata o un menor. Muchas de estas irregularidades son debidas, en gran medida, a la ausencia de certeza de los métodos de determinación de la edad y a la voluntad de las autoridades de no identificar a menores de edad⁶⁸. Se trata, en definitiva, de actuaciones contrarias a lo dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre la situación de los MENA⁶⁹.

⁶⁰ BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2013.

⁶¹ Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit. p. 492; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, loc. cit., pp. 42-47; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Protección e integración social de los Menores inmigrantes extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en VVAA, *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 463-495, p. 478; J.J. ZABALA GUADALUPE, “La repatriación de los menores extranjeros no acompañados” loc. cit., pp. 456-478; A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados”, pp. 14-24; A. DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, “La nueva legislación en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, núm. 21/1, pp. 157-180.

⁶² Vid. Human Rights Watch, *Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados*, New York, 2008, pp. 1-25, pp. 17 y 18. <https://www.hrw.org/reports/2008/spain1008/spain1008spweb.pdf>.

⁶³ Vid. J. CHAMIZO DE LA RUBIA, “Entrada y tutela”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, op. cit., pp. 13-32, pp. 31 y 32.

⁶⁴ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, loc. cit., p. 42; M^a A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados”, p. 27.

⁶⁵ Vid. STC de 22 de diciembre de 2008, RA 3319/2001 y STC de 22 de diciembre de 2008, RA 3321/2007.

⁶⁶ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, loc. cit., p. 43.

⁶⁷ Según el art. 62.4 LOEx, no podrá acordarse el ingreso de menores en los Centros de internamiento de extranjeros, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 62 bis 1 LOEx. En virtud de la citada disposición, los extranjeros sometidos a internamiento tienen derecho a tener la compañía de sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan módulos que garanticen la unidad y la intimidad familiar.

⁶⁸ Vid. S. YERGA COBOS, “Menores extranjeros y Centros de internamiento”, pp. 1-5, p. 2; en <http://blog.cristianismeijusticia.net/2017/03/21/menores-extranjeros-centros-internamiento>; R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los “MENA” desde que pisan España hasta cumplir 18”, loc. cit., pp. 5 y 6.

⁶⁹ DOUE C 93, de 9 de marzo de 2016.

Con respecto a la cuestión de cómo debe articularse la política sobre flujos migratorios, dirigida a evitar la inmigración irregular, con la obligación por parte de los Estados de proteger a los menores de edad, es de interés mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de octubre de 2006⁷⁰, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*. En este asunto, el TEDH condenó a Bélgica por las condiciones en las que mantuvo a una menor extranjera no acompañada durante el tiempo que permaneció en el territorio belga, así como por las condiciones en las que se llevó a cabo su repatriación. En la citada resolución el Tribunal europeo alertó de las condiciones de manifiesta vulnerabilidad en las que se encuentran los MENA en Europa y destacó la necesidad de tratar a los miembros de este colectivo teniendo en cuenta el interés superior del menor. Según el TEDH, las medidas que adoptan los Estados para prevenir la inmigración irregular no pueden vulnerar la protección que otorgan los Tratados internacionales a los menores, con independencia de su nacionalidad.

2. La permanencia en el territorio español

32. En los casos en los que el MENA no ha podido ser repatriado a su país de origen o al país en el que se encuentran sus familiares, éste deber permanecer en España bajo la custodia del servicio de protección de menores correspondiente (art. 35.4 LOEx). A partir de este momento, las autoridades competentes ponen en funcionamiento el dispositivo de protección de manera inmediata, aunque no ejercen propiamente la tutela sobre los MENA hasta que no se haya adoptado una resolución de tutela, que necesariamente debe ir precedida de la confirmación del desamparo del menor y de la imposibilidad de ser repatriado. Según el Protocolo Marco, una vez confirmada la situación de desamparo de los MENA, se abre un plazo de hasta tres meses para que se dicte la resolución administrativa de tutela o de cualquier otra medida de protección, como la custodia, la protección provisional o la guarda de los MENA⁷¹. Paralelamente, y de conformidad con el art. 10.4 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, la Administración General de Estado facilitará al menor, si no la tuviere, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, según lo dispuesto en la normativa en materia de extranjería (arts. 35.7 LOEx y 196.1 RLOEx). La concesión de la autorización de residencia no impide que, con posterioridad, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, éste pueda ser repatriado a su país de origen o al país donde se encuentran sus familiares, tal como dispone el art. 35.8 LOEx.

IV. El desamparo de los MENA cuando adquieren la mayoría de edad

33. Los MENA que no han podido ser repatriados y que han sido autorizados a permanecer en el territorio español tarde o temprano cumplirán los 18 años de edad, planteándose entonces la cuestión de cómo debe articularse su paso del sistema de protección a la emancipación. Si bien es cierto que algunos de ellos al alcanzar la mayoría de edad pueden valerse por sí mismos o están emancipados, muchos de los integrantes de este colectivo llegan a los 18 años sin haber conseguido encauzar su proceso de inserción socio-laboral y, por lo tanto, sin poder valerse por sí mismos. Una de las principales causas de esta situación es el colapso existente en la actualidad del sistema de acogida de los MENA. La ausencia de plazas en los centros residenciales y la saturación de muchos de los centros de acogida de los MENA da lugar a que los jóvenes, durante su minoría de edad, no puedan beneficiarse de un proceso formativo adecuado que les permita ser independientes cuando finalice su situación de amparo al adquirir la mayoría de edad⁷².

34. Además, debe tenerse en cuenta que la situación en la que se encuentran los MENA al llegar a la mayoría de edad es muy distinta de aquella en la que se encuentran los nacionales españoles al cum-

⁷⁰ STEDH de 12 de octubre de 2006 (recurso 13178/03), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-77445"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Vid. D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, “Comentario sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga* contra Bélgica”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2006, pp. 187-199.

⁷¹ Vid. Capítulo VII, Apartado primero. Punto 2, último párrafo del Protocolo MENA.

⁷² Vid. R.M^a. BOSCH, “Temor a que el col·lapse en l’acollida de menors generi més sensesostre”, *loc. cit.*, p. 9.

plir los 18 años. Para los MENA que han estado tutelados por la Administración, y más concretamente para aquellos que han vivido en un centro residencial, cumplir 18 años supone quedar fuera del régimen protector del que se benefician durante su minoría de edad y, por lo tanto, el inicio de una nueva vida sin el apoyo de sus propias familias ni de la Administración. En cambio, para los nacionales españoles, la adquisición de dicha condición no supone, por lo general, ningún cambio sustancial si tenemos en cuenta que en España la edad mediana de emancipación se sitúa en los 31 años de edad⁷³. Es decir que, los nacionales españoles se emancipan a una edad en la que los MENA ya llevan, como mínimo, 13 años emancipados. Pero la diferencia entre la situación de unos y otros no es únicamente la edad de emancipación, sino la forma en que la misma se materializa. Así, mientras que los nacionales españoles pueden emanciparse de manera progresiva, puesto que se independizan de sus padres, pero, con frecuencia, vuelven a sus hogares a comer, a dejar la ropa para lavar y planchar, a dormir, etc. (se trata del denominado “efecto yoyó”); los MENA se emancipan automáticamente a partir del mismo día que cumplen los 18 años de edad. A partir de este momento, los ex MENA vuelven a quedar en la situación de desamparo en la que se encontraban cuando siendo menores de edad fueron localizados por las autoridades españolas en el territorio español, identificados como MENA y, sometidos al régimen de protección tutelar.

35. La gran mayoría de MENA, a partir de la mayoría de edad, se encuentran en situación de desamparo y en la más absoluta soledad. Estos jóvenes no únicamente se encuentran lejos de sus familiares, sino que también han perdido a sus cuidadores y a las autoridades que han venido ejerciendo su tutela, no disponen de recursos económicos y tampoco tienen un trabajo para poder incorporarse de manera autónoma a la vida adulta⁷⁴. A partir de este momento, su situación administrativa también se modifica, pudiéndose encontrar en España, de la noche a la mañana, en situación irregular.

La nueva situación jurídica y administrativa en la que se encuentran los ex MENA lleva a plantearnos toda una serie de cuestiones cuya respuesta tiene una enorme trascendencia no sólo para sus propias vidas y para su futuro, sino también para la vida de la sociedad en general: ¿Dónde vivirán?, ¿Cómo podrán afrontar las dificultades que les surgirán a partir de este momento y en adelante?, ¿Cómo podrán regularizar su situación en España?, ¿Podrán obtener una autorización de trabajo?, ¿Podrán adquirir la nacionalidad española?, etc.

36. El Derecho internacional, el Derecho europeo y los derechos estatales, por lo general, no contemplan sistemas de protección para los jóvenes ex - tutelados, entre los cuales se encuentran los ex MENA. En muchos casos la protección o el seguimiento de estos sujetos se lleva a cabo de manera voluntaria como consecuencia del vínculo que se ha creado entre el individuo y el cuidador/educador durante la vigencia del régimen tutelar, aunque ello tampoco es muy común.

37. En España, con la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷⁵, se modificaron e incorporaron, entre otras disposiciones, los arts. 11.4 y 22 bis de la LO1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que vinieron a garantizar la protección de aquellos jóvenes que han estado sujetos al régimen de protección una vez éstos han alcanzado la mayoría de edad. La situación de desamparo en la que se encuentran los ex MENA ha llevado a las autoridades españolas a prolongar la ayuda o el soporte de este colectivo más allá de la mayoría de edad, en la medida que se trata de personas que en su momento fueron separadas de su núcleo familiar, que por determinadas razones no pudieron ser repatriadas a su país de origen y que carecen de relaciones afectivas estables⁷⁶. Sin embargo, la manera de efectuar esta prolongación del

⁷³ Según indica el Índice Sintético de Desarrollo Juvenil Comparado (ISDJC-2018), elaborado por el Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud de la Fad en el marco del Proyecto Scopio, centrado en la recopilación y obtención de datos para el análisis de la realidad y socialización juvenil. Vid. C. LÓPEZ, “L’edat mitjana d’emancipació s’acosta als 31 anys, cinc més que a la UE”, *La Vanguardia*, 30 de noviembre de 2018, Tendències, p. 30. En el año 2015 la edad mediana de emancipación se situaba en los 29 años. Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, “Joves tutelats i transició cap a la vida independent”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴ Vid. Sindic de Greuges de Catalunya, Informe al Parlament, 2011, pp.- 1-383, p. 134. El texto del Informe al Parlament, 2011 puede encontrarse en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3110/Informe%20al%20Parlament%202011%20catala.pdf>.

⁷⁵ Vid. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁷⁶ Vid. Sindic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament 2011*, p. 134.

sistema de protección de los ex MENA no ha sido idéntica en las distintas CCAA españolas⁷⁷ y, por lo general, se ha llevado a cabo teniendo en cuenta el régimen de protección al que los ex MENA estuvieron sometidos durante su minoría de edad.

38. El Síndic de Greuges de Catalunya, en su Informe al Parlament de 2011, manifestó que “cualquier extranjero inmigrante no acompañado que abandona un centro de protección por mayoría de edad debería disponer de un acompañamiento por parte del Departamento de Bienestar Social y Familia en su proceso de desinternalización y de transición a la vida adulta, especialmente si se tiene en cuenta la ausencia de referentes familiares de soporte en su proceso de integración social y sus necesidades de acogida derivadas de la llegada a nuestro país”⁷⁸. Según el Síndic de Greuges de Catalunya, las situaciones en las que se encuentran los extranjeros no acompañados que abandonan los centros o las familias de acogida por mayoría de edad pueden ser muy distintas, pero en cualquiera de ellas el/la joven debe estar acompañado por el Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya⁷⁹. Estos programas de soporte a la transición de los MENA a la mayoría de edad son clave para evitar los procesos de exclusión⁸⁰.

1. Lugar donde vivir y regímenes de acogida

39. En España, hoy por hoy, existen dos regímenes tutelares para los ex MENA: el régimen de la tutela familiar y el régimen de pisos tutelados o asistidos. La situación en la que se encuentran los MENA al acceder a la mayoría de edad es, en gran parte, el resultado del régimen de protección –familiar o residencial- al que han estado sometidos durante la minoría de edad. Los ex MENA que durante su minoría de edad han estado sometidos al régimen de la tutela familiar, por lo general, suelen tener más facilidad para integrarse en la sociedad por el hecho de haber tenido la posibilidad de disfrutar de una vida en familia⁸¹. En cambio, los ex MENA que han vivido recluidos en un centro residencial tienen muchas más dificultades para lograr su integración.

40. Según la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en lo que a las medidas de protección se refiere, se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las medidas familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas (apartado núm. 2 de la Exposición de motivos y art. 12.1 de la Ley)⁸². No obstante, en la práctica el acogimiento familiar es un régimen de protección de carácter subsidiario con respecto al sistema residencial, tal y como pone de relieve el Síndic de Greuges de Catalunya en el Informe al Parlament de 2018⁸³.

A) La tutela familiar

41. La tutela familiar es un régimen de protección que surgió, precisamente, para evitar los problemas con los que se encuentran los MENA cuando al cumplir la mayoría de edad son expulsados de los regímenes de tutela residencial.

⁷⁷ Vid. Federación de entidades con Proyectos y Plazas asistidas (FEPA), *La emancipación de jóvenes tutelados y extutelados en España. Primera aproximación a los servicios de emancipación de los distintos territorios*, Autonomía, igualdad de oportunidades, generación y difusión de conocimiento, cohesión y apoyo a la emancipación, pp. 1-76; A. BRAVO Y L. SANTOS-GONZÁLEZ, “Menores Extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psychosocial Intervention*, 2017, v. 26 núm. 1, pp. 55-62.

⁷⁸ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, Informe al Parlament, 2011, p. 135.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 135.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 134.

⁸¹ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Migrants non accompagnés en Espagne”, *loc. cit.*, p. 67.

⁸² *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015. La Ley 26/2015, entre otras disposiciones, modifica los artículos 10 y 12 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el art. 9.6 C.c., que es la norma de conflicto de leyes en materia de protección de menores y mayores de edad. El propósito del legislador estatal, a través de la adopción de esta Ley, era dar cumplimiento al art. 39 CE y a las normas de carácter internacional en materia de protección de menores a través de la mejora de los instrumentos de protección existentes en el momento de su adopción y de la adaptación de las normas a los cambios sociales que en dicho ámbito se habían producido en los últimos 20 años.

⁸³ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2018, p. 113.

Posteriormente y, desde hace algunos años, la tutela familiar o la familia de acogida es una de las medidas que se ha venido utilizando cuando los MENA llegan a España sin ir acompañados de sus progenitores. De esta manera, cuando los MENA cumplen los 18 años pueden seguir viviendo con la familia de acogida con la que han vivido durante la minoría de edad, evitándose así la situación de desprotección o desamparo en la que se encuentran a partir de dicha fecha los jóvenes que han vivido en un centro de acogida o residencial. Es importante destacar que, a partir del momento en que los menores adquieren la mayoría de edad, las familias de acogida dejan de recibir la ayuda económica que han venido recibiendo mientras que aquéllos eran menores. Este es un dato relevante a tener en cuenta, en la medida que, muchas familias se ofrecen a prestar el servicio de acogida con la finalidad de recibir una contraprestación. La extensión de las ayudas económicas a las familias de acogida más allá de la mayoría de edad de los jóvenes tutelados, de implementarse, podría convertirse en un incentivo para que aquéllas participen o prolonguen su colaboración con los programas de acogida.

En la actualidad, el número de familias de acogida es muy reducido e insuficiente para atender a todos los niños y adolescentes que se encuentran en España en situación de desamparo⁸⁴. El Institut Català d'Acol·liment i Adopció (ICAA), durante los años 2016 y 2017, puso en funcionamiento un plan estratégico para la promoción del acogimiento familiar, pero éste no tuvo demasiado éxito⁸⁵. En la actualidad, desde el Departament de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya, se están realizando charlas con personas interesadas en este modelo de acogida con la finalidad de encontrar salidas para estos jóvenes⁸⁶.

B) La tutela residencial

42. Los MENA que durante su minoría de edad viven en centros de acogida deben abandonarlos cuando cumplen los 18 años. En estos casos su situación es mucho más delicada que la de aquellos MENA que han vivido en familias de acogida puesto que, mientras que la estancia en los centros no se prorroga, la estancia en las familias en muchos casos sí⁸⁷.

43. En la práctica, las alternativas de protección que se contemplan para los ex MENA que han estado sujetos a la tutela residencial son: el retorno con la familia o a su país de origen o de procedencia, la vivienda tutelada o asistida y, en menor medida, la tutela residencial y la tutela familiar⁸⁸.

44. Son pocos los casos en los que las autoridades recurren al régimen de la tutela familiar para acoger a ex MENA que durante su minoría de edad no han estado bajo dicho régimen de protección⁸⁹. El hecho de que la familia de acogida y el ex MENA no hayan convivido juntos cuando éste era menor de edad suele dificultar la adaptación y la integración del ex MENA en el entorno familiar. Los lazos o los vínculos familiares, por lo general, se generan con mucha más facilidad y adquieren una mayor intensidad cuando la persona acogida es menor de edad. Por otra parte, si las autoridades ya se encuentran con dificultades para captar a familias de acogida para los MENA, más aún las tendrán para convencerles de que acojan a jóvenes que han formado parte de este colectivo y que ya han cumplido los 18 años de edad.

C) El retorno con la familia o al país de origen o de procedencia

45. El retorno de los ex MENA con su familia o al país de origen o de procedencia no es, por lo general, la solución más adecuada si tenemos en cuenta que, en muchos casos, cuando éstos dejan

⁸⁴ Según el Informe al Parlament de 2018 del Síndic de Greuges de Catalunya, en el año 2017, en la Comunidad Autónoma de Catalunya, el número de acogimientos familiares era de 923, mientras que en el año 2016 era de 972. Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2018, p. 113; R.M^º. BOSCH, "S'han estigmatitzat els menors migrants", *loc. cit.*, p. 3. En el citado artículo la autora entrevista a Chakir El Homrani, Conseller de Treball, Afers Socials i Famílies de la Generalitat de Catalunya.

⁸⁵ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2018, p. 113.

⁸⁶ Vid. R.M^º. BOSCH, "S'han estigmatitzat els menors migrants", *loc. cit.*, p. 3.

⁸⁷ Vid. *supra* apartado A) sobre la tutela familiar.

⁸⁸ Vid. *supra* apartado A) sobre la tutela familiar.

⁸⁹ Vid. Proyecto Hospitalidad en www.comunidadcristianaacuerdo.org/proyecto-hospitalidad.

su entorno familiar es para evitar los efectos negativos que éste puede tener en su desarrollo personal y educativo (por ejemplo, por drogadicción, prostitución, malos tratos, etc.); para huir de la situación política y, en algunos casos, bélica de su país; por problemas económicos, etc. La mayoría de los MENA se desplazan a España para acceder al mercado laboral y para poder tener un sueldo que contribuya a mejorar tanto su propio nivel de vida como el de sus familiares. El sueño de conseguir vivir una vida mejor y el deseo de huir de las condiciones en las que viven, les lleva a afrontar un reto que, en muchos casos, conlleva un alto riesgo para sus propias vidas⁹⁰. Son muy pocos los MENA que llegan a España procedentes de familias bien situadas económicamente.

En definitiva, los motivos que inicialmente llevan a los MENA a trasladarse al territorio español son los que en la práctica acaban justificando su no repatriación, puesto que, de producirse, supondría una vulneración del interés superior del menor. Y, son estos mismos motivos los que también pueden obstaculizar su repatriación una vez han alcanzado la mayoría de edad, ya sea porque éstos persisten o porque se han intensificado. Por ejemplo, porque el vínculo del ex MENA con la familia de origen se ha debilitado o ha pasado a ser, casi o del todo, inexistente⁹¹.

46. Pero también es importante destacar que, en las distintas Comunidades o ciudades Autónomas del Estado español se observan respuestas o conductas distintas por parte de la Administración ante la llegada de los MENA a la mayoría de edad. Así, mientras que en Melilla se hace una interpretación muy estricta y rígida de la normativa en materia de extranjería y el 80% de los ex MENA son deportados o expulsados a su país de origen (en la gran mayoría de los casos, a Marruecos); en Ceuta se opta por realizar una interpretación mucho más flexible y por buscar soluciones para evitar la expulsión de los ex MENA por el hecho de haber cumplido los 18 años⁹².

D) La vivienda tutelada o asistida

47. La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia fue la primera ley de ámbito estatal que vino a establecer que los menores –incluidos los MENA- deben ser apoyados o acompañados durante el tránsito a la vida adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. Sin embargo, la ley no precisó hasta qué edad deben ser protegidos ni tampoco cómo debe materializarse dicho apoyo⁹³.

48. A nivel estatal, de los quince planes de infancia o familia, sólo doce recogen en su texto medidas más o menos precisas dirigidas a reforzar el proceso de transición a la vida independiente de los jóvenes protegidos institucionalmente. Nueve de los quince mencionan expresamente alternativas residenciales de emancipación para estos jóvenes y, sólo cinco, incorporan disposiciones relativas a medidas dirigidas específicamente a mayores de edad⁹⁴.

49. En España, las dos Comunidades Autónomas que más normas o programas han adoptado para hacer frente a la situación de los MENA cuando éstos adquieren la mayoría de edad, han sido Catalunya y el País Vasco.

50. En el año 1994, en Catalunya, se creó el “I Pla Interdepartamental de majors de 18 anys”. Posteriormente, en el 2005, se convertiría en la actual Àrea de Suport als Joves Tutelats o ex Tutelats (ASJTET), organismo dependiente de la Generalitat de Catalunya que se encarga de los planes dirigidos

⁹⁰ Vid. F. CAPITÁ, “‘Menes’: com superar l’imaginari al voltant d’un concepte”, pp. 1 y 2, p. 1, en https://www.ara.cat/comarquesgironines/Menes-superar-imaginari-voltant-concepte_0_2141186102.html. Ferran Capità es Director del centro de acogida de Girona, Oikia.

⁹¹ Vid. Sindic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2011, p. 134.

⁹² Vid. “Y cuando cumplo los 18 ¿qué?”, *El Faro de Ceuta*, pp. 1-2, p. 1.

⁹³ Vid. Artículo 1.2 de la LO8/2015, de 22 de julio por el que se modifica el art. 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y art. 2.3 e) de LOPJM.

⁹⁴ Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, *Joves tutelats i transició cap a la vida independent*, op. cit., p. 3 y 10; Sindic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament*, 2011, p. 135.

a los jóvenes ex - tutelados y tutelados mayores de 16 años a través de un conjunto de medidas coordinadas que integran programas de seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, soporte psicológico, asesoramiento jurídico, ayudas económicas, entre otros⁹⁵.

En el año 2010, el Parlament de Catalunya adoptó la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia (LDOIA)⁹⁶, que contempla medidas asistenciales y de protección para jóvenes ex - tutelados entre 18 y 20 años en su capítulo IV (arts. 151 y 152). El art. 151 de la LDOIA dispone que, una vez adquirida la mayoría de edad y extinguidas las medidas de protección, el organismo competente de la Generalitat puede disponer, si lo considera necesario, de las medidas asistenciales que considere necesarias si la persona interesada otorga su consentimiento y justifica la necesidad de disponer de tales medidas. Estas medidas asistenciales pueden tener contenido económico, jurídico, social o bien consistir en la concesión o mantenimiento de una plaza en un centro, que puede alargarse hasta los 21 años de edad. Para que los jóvenes ex - tutelados puedan beneficiarse de los programas de soporte a la emancipación y a la autonomía personal es necesario que éstos cumplan una serie de requisitos y que demuestren motivación para acogerse a dichos programas⁹⁷. La finalidad que se persigue es la de ofrecer a estos jóvenes soporte personal, laboral, un lugar dónde vivir, formación y acompañamiento durante el proceso de emancipación para que éstos puedan integrarse en igualdad de condiciones que el resto de los jóvenes de su edad.

En Catalunya, al igual que en otras Comunidades Autónomas, la principal manera de ayudar a los MENA que salen de los centros residenciales, no familiares, es ofrecerles la posibilidad de vivir, hasta los 21 años de edad, en un piso asistido junto con otros jóvenes y bajo la supervisión de un educador. El educador no vive con los jóvenes, pero los visita periódicamente para comprobar que todo funcione correctamente (art. 152.1 i 2 de la LDOIA). Además, también tienen derecho a solicitar una ayuda económica de 500€ mensuales, ayuda para la inserción socio-laboral, así como también asesoramiento jurídico y psicológico⁹⁸.

51. La vivienda asistida es una solución que está dando buenos resultados, motivo por el cual en algunas Comunidades Autónomas se está adelantando el acceso de los MENA a este programa de viviendas a partir de los 16 años de edad –que en España es la edad mínima para trabajar– (art. 6.1 ET). En los pisos asistidos pueden vivir un máximo de cuatro personas, es decir, muchas menos que en un centro residencial; los jóvenes aprenden a realizar las tareas domésticas (cocinar, lavar la ropa, limpiar, etc.), y también a gestionar su economía. En definitiva, para estos adolescentes participar en el programa de las viviendas asistidas supone adquirir un nivel de autonomía que, sin duda alguna, les será de gran ayuda para poderse emancipar a los 22 años.

52. El problema es que estos programas son de difícil acceso, en la medida que hay pocas plazas disponibles. A estas ayudas acceden los jóvenes que dispongan de un informe positivo del centro en el que estuvieron tutelados, que estén completamente documentados, que tengan una actitud positiva ante el proyecto de transición a la autonomía, que trabajen, que se encuentren cursando estudios y que dispongan de recursos económicos. Asimismo, según el art. 146 de la LDOIA, para que los MENA puedan acceder a este tipo de ayuda al llegar a la mayoría de edad, es necesario que se tengan en cuenta las tres circunstancias siguientes: la imposibilidad o la dificultad de que se produzca el retorno al núcleo familiar, la dificultad para integrarse en nuevos núcleos de convivencia y encontrarse ante el riesgo de exclusión social⁹⁹. Si esta solución se va consolidando, poco a poco experimentaremos un importante cambio cuando los MENA pasen a ser adultos. Sin embargo, la situación se complica cuando los ex MENA no cumplen ninguna de las condiciones mencionadas para beneficiarse de una vivienda tutelada o asistida, no quieren acogerse a dicho régimen de protección o, sí lo desean, pero no quieren cumplir

⁹⁵ *Ibid.*, p. 3 y 10.

⁹⁶ DOGC núm. 5461, de 2 de junio de 2010.

⁹⁷ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya. *Informe al Parlament, 2011*, p. 135.

⁹⁸ Vid. A. BRAVO Y L. SANTOS-GONZÁLEZ, “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *loc. cit.*, p. 59; A. VEGA MARTÍNEZ, “Joves tutelats i transició cap a la vida independent”, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁹ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2011*, p. 134.

las condiciones y las normas exigidas porque prefieren ser libres y hacer su propia vida¹⁰⁰. Estos son los casos de ex MENA que acaban viviendo en la calle¹⁰¹.

En Catalunya, la DGAIA es la entidad que valora si el joven ex - tutelado necesita de una atención especializada mediante la concesión de recursos alternativos o complementarios al internamiento en centros, como, por ejemplo, la atención psicológica, asesoramiento jurídico, programas de inserción socio-laboral o soporte económico. La DGAIA trabaja con jóvenes de 16 a 20 años y, en particular, con personas inmigrantes que buscan trabajo en España y que, a su vez, mantienen su relación con la familia de origen¹⁰².

E) La extensión del programa de mentorías previsto para los refugiados

53. En Catalunya, desde hace algún tiempo, se viene utilizando un programa de mentorías con la idea de facilitar la integración social, laboral, lingüística y educativa de los refugiados. Recientemente, ante la gran afluencia de MENA al territorio de Catalunya y debido a que hay más voluntarios que se ofrecen a colaborar como mentores que no demandantes, las autoridades catalanas han decidido extender este programa de mentorías a los MENA. En la actualidad, en Catalunya, hay 40 MENA acogidos bajo este régimen¹⁰³. El papel del mentor consiste en apadrinar y acompañar al MENA, es decir, en ser un referente para él. Se trata de que entre ambos exista una relación como la que suele haber entre un sobrino y su tío. No es un régimen de acogida familiar, puesto que el menor se encuentra bajo la tutela de la DGAIA y no convive con su mentor. En principio, se trata de un régimen temporal dado que el compromiso por parte del mentor es de seis meses, aunque posteriormente puede renovarse¹⁰⁴. Este régimen de acompañamiento podría hacerse extensivo a los ex MENA, quienes al llegar a la mayoría de edad se encuentran en la más absoluta soledad¹⁰⁵.

F) La vida en la calle

54. Un elevado número de MENA, cuando llegan a la mayoría de edad, salen del centro residencial siendo analfabetos y sin tener ningún tipo de autonomía. Estos chicos y chicas en muchos de los casos acaban durmiendo en las calles o en albergues de personas “sin techo” porque no tienen a dónde ir. Además, como acostumbra a salir de los centros con síntomas de estrés postraumático, con una muy baja autoestima, desconfianza en sí mismos y con un sentimiento de desprecio y de aversión hacia los educadores, en muchos de los casos acaban cayendo en la delincuencia, la drogadicción, el alcoholismo, etc., pasando a formar parte de un colectivo que es, en general, rechazado por la mayoría de la sociedad¹⁰⁶.

El pasado 11 de noviembre de 2018, trece jóvenes ex - tutelados por la Generalitat de Catalunya (ex MENA) y dos menores extranjeros no acompañados (MENA), todos ellos magrebíes, fueron detenidos acusados de agredir sexualmente a una joven y atacar con un objeto punzante a su acompañante en una estación de metro cercana a Barcelona¹⁰⁷. Tres de los detenidos quedaron en libertad y los dos

¹⁰⁰ Vid. D. E. GARCÍA ESPAÑA, “Menores de edad y Registros policiales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, núm. 8, pp. 295-307.

¹⁰¹ *Infra* apartado F.

¹⁰² Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, *Joves tutelats i transició cap a la vida independent*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰³ Vid. N. VILÀ, “El govern assaja el programa de refugiats amb “menes””, en https://www.ara.cat/societat/Govern-assaja-programa-mentories-refugiats_0_2143585759.html.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 2; R.M^o. BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

¹⁰⁵ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, pp. 1-6, p. 4; R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los MENA desde que pisan España hasta cumplir 18”, *loc. cit.*, pp. 1-13.

¹⁰⁶ Vid. L. MARKEZ Y F. PASTOR, “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA), un colectivo especialmente vulnerable ante las drogas”, *Abendua*, diciembre 2010, pp. 1-85; VVAA, *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, ICAI-ICADE Comillas, Comillas Solidaria y Clínica Jurídica ICADE, marzo 2017, pp. 1-111, p. 46; L. MARKEZ Y F. PASTOR, *Drogodependencia en menores no acompañados: su derecho a una educación y salud de calidad*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009.

¹⁰⁷ Vid. F. CEDÓ, “Detenidos 14 jóvenes ex - tutelados por una agresión sexual”, apartado Vivir, *La Vanguardia*, Lunes, 12 de noviembre de 2018, p. 5,

menores, indocumentados, fueron sometidos a pruebas para verificar que realmente eran menores¹⁰⁸. Desafortunadamente, estos sucesos no son aislados, sino que con bastante frecuencia los robos y otro tipo de delitos son cometidos por MENA o ex MENA¹⁰⁹. No obstante, la conducta de estos jóvenes –que no es la de todos los miembros que forman parte de este colectivo- no proviene de su condición de inmigrantes, sino de su carencia de oportunidades y de sus circunstancias personales¹¹⁰.

55. La presencia de MENA y ex MENA en la calle es el claro reflejo del fracaso del sistema español de protección¹¹¹. Esta alternativa es la que las autoridades españolas quieren evitar por todos los medios con el objetivo de proteger a la sociedad de los peligros y de la inseguridad que puede causar un colectivo que, con frecuencia, es calificado por la opinión pública con adjetivos como, “delincuentes”, “peligrosos”, “inadaptados”, tal como pone de manifiesto el Informe “De niños en peligro a niños peligrosos. Una visión sobre la situación actual de los MENA (2016)”, conocido como el Informe Harraga¹¹².

56. La valoración de la relación existente entre los MENA y las autoridades de acogida es una tarea muy compleja y delicada y, más aún, cuando cada una de las partes implicadas la describe o califica de manera totalmente opuesta. Algunas asociaciones sostienen que el trato que las propias autoridades conceden a los MENA durante su paso por los centros de acogida contribuye, sin duda alguna, a que los jóvenes tengan un bajo estado de ánimo y a partir del momento que cumplen 18 años opten fácilmente por vivir en la calle. Pero, lo más alarmante, es que en la calle no sólo se encuentran los ex MENA, sino también un elevado número de MENA que, a pesar de estar bajo el régimen tutelar, abandonan los centros de acogida por la falta atención recibida, por tener que cumplir una normativa muy estricta y, en muchas ocasiones, por el mal trato que allí reciben. Es importante precisar que, cada centro es distinto y, por consiguiente, no se puede generalizar.

57. En Melilla, recientemente, han tenido lugar graves sucesos, que en dos ocasiones han finalizado con la muerte de dos MENA a manos de educadores del centro en el que residían. En julio de 2018 un MENA fue apuñalado por un educador y el propio centro lo ocultó a las autoridades, las cuales tuvieron conocimiento del suceso por los médicos que atendieron a la víctima. A raíz de estos acontecimientos y de otros anteriores, algunos grupos políticos, el presidente de la Asociación Proderechos de la infancia (Prodein) y la ONG *Save the Children*, solicitaron la dimisión del Consejero de Bienestar Social de la ciudad autónoma de Melilla, quien esgrimió toda responsabilidad y culpó a los vigilantes de seguridad del centro educativo residencial Fuerte Purísima, más conocido como La Purísima¹¹³. La Consejería de Bienestar Social de Melilla no cuenta con una buena reputación. Se ha llegado a afirmar

¹⁰⁸ Vid. “Quedan en libertad tres detenidos por presunto intento de agresión sexual en el metro en Santa Coloma”, Europa-press, Catalunya, Barcelona, 12 de noviembre de 2018, p. 1.

¹⁰⁹ Según datos del Ministerio del interior, un 30% de la población penitenciaria del Estado español son extranjeros y el 26% de los reclusos es de origen marroquí. De este porcentaje, alrededor de un tercio son jóvenes menores de 25 años. Se desconoce, sin embargo, cuántos de estos jóvenes inmigraron a España siendo menores de edad, así como, cuántos fueron acompañados por sus padres y cuántos no. Información extraída de E. GARCÍA ESPAÑA, “De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión”, *InDret*, 2016, núm. 3, pp. 1-20, p. 2, trabajo en el que la autora realiza un interesante estudio de las trayectorias de los inmigrantes que se encuentran en prisiones españolas. La autora del citado trabajo también ponía de relieve el elevado porcentaje de MENA o jóvenes ex - tutelados que cometen delitos en otros de sus trabajos anteriores: “Menores de edad y registros policiales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, núm. 8, pp. 295-307; “Menores inmigrantes en el sistema tutelar andaluz”, *Boletín Criminológico*, junio-julio, 2004, núm. 74, pp. 1-4, p. 1; “Menores no acompañados y el sistema de justicia juvenil”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, op. cit., pp. 83-107 y “¿Criminalización del inmigrante o protección del menor?: menores no acompañados y delincuentes”, en VVAA., *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 529-552.

¹¹⁰ Vid. E. GARCÍA ESPAÑA, “Delincuencia de inmigrantes y motivaciones delictivas”, *InDret*, 2014, núm. 4, pp. 1-21, p. 17.

¹¹¹ Vid. R. GIL GRANDE, “Soledad y riesgo de exclusión: la vida de los MENA desde que pisan España hasta cumplir 18”, *loc. cit.*, p. 10.

¹¹² Vid. VVAA., Informe “De niños en peligro a niños peligrosos. Una visión sobre la situación actual de los MENA”, 2016, p. 50.

¹¹³ Vid. J. VARGAS, “La (des)protección de los menores en Melilla: dos muertos en los centros, educadores que apuñalan a niños y denunciados por abusos sexuales”, en <https://publico.es/politica/menores-extranjeros-melilla-des-proteccion-menores-melilla-muertos>, pp. 1-4.

que, con la finalidad de obtener recursos económicos del Gobierno central, ha llegado a colapsar el sistema de protección de menores de La Purísima, al margen de las consecuencias que ello pueda suponer para los menores. Además, también se ha hecho público que todos los recursos que la Consejería ha ido recibiendo año tras año no los ha destinado a mejorar las condiciones de los menores en el centro, sino a otras finalidades¹¹⁴. A pesar de la gravedad de estos hechos, por el momento en Melilla no se ha diseñado ningún plan de actuación con personal especializado que refleje una clara preocupación por la integridad física, psicológica y moral de los MENA¹¹⁵.

El Informe Harraga es un documento esencial para conocer cómo se sienten de rechazados y abandonados los MENA, concretamente, en la ciudad de Melilla¹¹⁶. En el mismo se pone de relieve que algunos jóvenes no quieren estar en La Purísima por la violencia que reciben (92%), por las agresiones directas recibidas en el centro (75%) o por los problemas que han tenido con la policía (61%). En informe llega a la conclusión de que “la única salida para los niños es huir, primero de La Purísima y después de la ciudad de Melilla”¹¹⁷; que es muy importante indagar cómo ha sido el trayecto que han recorrido los MENA hasta llegar al centro, así como también, conocer todo el periplo que han vivido estos jóvenes desde el momento de cruzar la frontera. Por lo general, se suele pensar que la actitud y el comportamiento de los MENA es consecuencia de su entorno familiar, de la escasa o nula formación recibida en el país de origen, etc. Sin embargo, en el informe se cuestiona hasta qué punto parte del deterioro emocional y físico que presentan los MENA no se debe a las condiciones en las que han estado acogidos en España.

58. En Catalunya, el Síndic de Greuges, en su Informe al Parlament de 2011, puso de relieve que la DGAIA y los profesionales de los centros en los que han residido algunos de los jóvenes antes de llegar a la mayoría de edad, en la práctica no han venido realizando un acompañamiento suficiente de los miembros de este colectivo y no les han facilitado la salida de los centros ni el acceso a los mecanismos aptos para su transición a la vida adulta con el fin de que estos jóvenes tengan cubiertas sus necesidades básicas y puedan integrarse en la sociedad¹¹⁸. Más recientemente, en el Informe al Parlament de 2018, el Síndic de Greuges de Catalunya también ha reiterado que, en muchas ocasiones, y de manera inapropiada, la DGAIA ha encerrado en celdas de las dependencias del área de custodia y detenidos de la Ciudad de la Justicia, sin luz natural, sin comida suficiente y durante más de cuatro días a MENA que estaban a la espera de que se les asignara una plaza en un centro de protección. Esta práctica, no obstante, según refleja el mismo Informe al Parlament de 2018, dejó de llevarse a cabo a finales de 2017¹¹⁹. Las adjudicaciones presuntamente irregulares realizadas por un ex-directivo de la DGAIA también han provocado que, recientemente, la Dirección General de Atenció a la Infància i a l'Adolescència se haya visto implicada en un procedimiento judicial que todavía está pendiente de resolución¹²⁰.

59. Sin embargo, no todas las actuaciones administrativas con respecto a los MENA son negativas a la vista del Síndic de Greuges de Catalunya, puesto que en su Informe al Parlament de 2011

¹¹⁴ Se da la circunstancia de que la anterior consejera de Bienestar social de Melilla está condenada a diez años de inhabilitación por prevaricación, junto a otros trece miembros de su departamento, por haber incurrido en fraude en la contratación pública. Los condenados están a la espera de conocer la resolución del recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria. Vid. *Ibid.*, p. 4

¹¹⁵ Vid. VVAA, *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, ICAI-ICADE Comillas, Comillas Solidaria y Clínica Jurídica ICADE, marzo 2017, pp. 1-111, pp. 4 a 8 y pp. 46 y 47.

¹¹⁶ Melilla es la ciudad autónoma española que limita con Marruecos. Es conocida como la ciudad frontera. Vid. VVAA., *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, op. cit., p. 10. Marruecos es el país del que proceden la mayoría de los MENA que se encuentran en el territorio español. Según el *Informe sobre la situación de los menores no acompañados de la ciudad autónoma de Melilla (2017)*, de Bienvenidos refugiados (Vid. el Informe en <http://www.icamalaga-blog.com/2016/12/los-menores-no-acompañados-en-melilla-y.html>), en Melilla hay 540 MENA, de los cuales, 340 se encuentran en el Centro de Protección de Menores de La Purísima; se estima que unos 100 viven en la calle; y el resto de menores se encuentran en el centro asistencial Gota de Leche y en la Divina Infantita. Vid. VVAA., *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, op. cit., p. 20.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 47 y 48.

¹¹⁸ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2011*, p. 135.

¹¹⁹ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2018*, p. 113.

¹²⁰ Vid. R.Mº. BOSCH, “S’han estigmatitzat els menors migrants”, *loc. cit.*, p. 3.

valoraba muy positivamente, entre otras, la labor llevada a cabo por la ASJTET o la tarea realizada por los servicios residenciales de estancia temporal para el acompañamiento de jóvenes extranjeros no acompañados que ha puesto en funcionamiento el Consorci de Serveis Socials de Barcelona para atender a aquellos jóvenes con respecto a los cuales la edad que consta en el pasaporte y la edad médica determinada por las pruebas de edad, difiere. Para llevar a cabo esta tarea, el Consorci de Serveis Socials de Barcelona cuenta con la colaboración y el soporte de las administraciones que lo integran y de entidades de acción social especializadas en la atención a la población inmigrada¹²¹.

60. Por otra parte, también se han dado casos en los que las víctimas de malos tratos y de agresiones han sido los cuidadores y el personal que trabaja en los centros de acogida a manos de MENA que están tutelados. En la actualidad, hay una gran demanda de personal especializado para trabajar en los centros de acogida debido, por un lado, al incremento del número de MENA que se encuentran en el territorio español y, por otro lado, al elevado número de bajas por ansiedad, estrés o depresión de los cuidadores y personal de los centros por el miedo que tienen a ser agredidos por los MENA.

61. A finales de 2018, en Catalunya, un grupo de ex MENA creó una entidad que lleva este mismo nombre, ex MENA¹²², para dar voz propia a este colectivo y para servir de puente entre la calle y entidades como la DGAIA o los albergues para las personas “sin techo”, donde cada vez más jóvenes ex - tutelados acaban pasando la noche al no tener ningún lugar para dormir. Se trata de una entidad que puede contribuir, en gran medida, a mejorar las relaciones entre las partes implicadas. Las ventajas que presentan los jóvenes integrantes de dicha entidad son, por un lado, el hecho de hablar el mismo idioma -mayoritariamente el árabe- que los jóvenes que llegan a España en busca de nuevas oportunidades; y que tienen la misma edad o una edad parecida. En definitiva, son personas que, a pesar de no ser profesionales (psicólogos, cuidadores, etc.), están más capacitadas y tienen más facilidad para conectar y para comunicarse con los ex MENA, que no las propias autoridades y el personal dedicado a la protección de menores. Las principales reivindicaciones con respecto a los ex MENA que formula dicha entidad son: introducir facilidades para que estos jóvenes puedan conseguir el permiso de trabajo, agilizar los trámites burocráticos y obtener ayudas en la vivienda para los jóvenes que durante su minoría de edad han estado bajo la tutela de la DGAIA.

2. La autorización de residencia

62. Para poder vivir en el territorio español de forma regular, ya sea en un centro de acogida, bajo el régimen de tutela familiar, en un piso tutelado, etc., es necesario que los MENA tengan una autorización de residencia. Países como España, Francia, Italia y Rumanía conceden automáticamente una autorización de residencia a los MENA que se encuentran en su territorio, mientras que otros países como Hungría, Grecia, Suecia o Gran Bretaña, admiten que éstos puedan estar en situación irregular en su territorio durante su minoría de edad¹²³. Según el régimen español de extranjería, cuando los MENA adquieren la mayoría de edad deben renovar su autorización de residencia o, si todavía no disponen de autorización -situación que surge cuando las autoridades no han tramitado la documentación del MENA durante su minoría de edad-, necesariamente deben obtenerla para poder residir de forma regular en el territorio español. Ahora bien, la realización de este trámite no será necesario si durante su minoría de edad han adquirido la nacionalidad española, lo cual es poco probable en la práctica, tal como se verá más adelante¹²⁴.

63. Los MENA que se encuentran en España bajo la tutela de la Administración Pública o de cualquier otra entidad en virtud de una resolución judicial, residen en España de manera regular a todos

¹²¹ Vid. Síndic de Greuges de Catalunya, *Informe al Parlament, 2011*, p. 135.

¹²² Vid. G. ARANDA, “Ex-Mena, una entidad para tener voz propia”, pp. 1-2, p. 1, en https://www.ara.cat/es/sociedad/Ex-Mena-entidad-para-tener-propia_0_2133386901.html.

¹²³ Vid. S. SAROLEA, “Les mineurs étrangers non accompagnés. Principes en droit international européenne”, *loc. cit.*, pp. 9 y 10.

¹²⁴ Vid. *infra* apartado 4.

los efectos, tal como disponen el art. 35.7 LOEx y el art. 196 RLOEx. La entidad que los tutela es la encargada de solicitarles una autorización de residencia, previa la acreditación de la imposibilidad de repatriación o de retorno del MENA con su familia o a su país de origen. La expedición de una autorización de residencia no constituye un obstáculo para la posterior repatriación del MENA, si es que a través de esta medida se protege el interés del menor (art. 35.8 LOEx). La vigencia de esta autorización de residencia es de un año (art. 196.4 RLOEx). También se prevé la concesión de una autorización de residencia, cuya vigencia es igualmente de un año, en aquellos casos en los que han transcurrido más de 9 meses desde la puesta a disposición de los servicios de protección del menor hasta la identificación del mismo sin que todavía se haya decidido si éste debe permanecer en España o debe ser repatriado por problemas con la identificación y/o la localización de sus familiares, y el motivo no es otro que el de evitar un detrimento del interés superior del menor (art. 10.4 LOPJM en su versión otorgada por la Ley 26/2015, de 28 de julio).

Los MENA son un colectivo que por su condición de menores pueden obtener fácilmente la regularización de su situación en España. Ciertamente, es más fácil que un MENA obtenga una autorización para residir en España, que no que un adulto extranjero obtenga una autorización de residencia, por ejemplo, por arraigo social o laboral. La diferencia de trato entre unos y otros es tan clara que se ha llegado a plantear hasta qué punto el fenómeno de los MENA no es más que una estrategia migratoria.

64. El RLOEx distingue dos situaciones en las que pueden encontrarse los MENA en España al llegar a la mayoría de edad: la de los MENA que llegan a la mayoría de edad siendo titulares de una autorización de residencia (art. 197 RLOEx); y la de aquellos otros que llegan a la mayoría de edad sin poseer dicha autorización (art. 196 RLOEx)¹²⁵.

A) El MENA es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad

65. Un elevado número de MENA obtienen, durante su minoría de edad, una autorización para residir en el territorio español. La cuestión que es objeto de nuestro interés es la relativa a qué sucede con esta autorización de residencia cuando el MENA cumple los 18 años de edad.

66. Una de las opciones que tiene el MENA que llega a la mayoría de edad siendo titular de una autorización de residencia es la de solicitar su renovación, salvo que corresponda concederle una autorización de larga duración o de larga duración UE. De conformidad con lo dispuesto en el art. 35.9 LOEx, “reglamentariamente se determinarán las condiciones que los menores tutelados que disponen de una autorización de residencia deberán cumplir para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo cuando alcancen la mayoría de edad”.

La renovación tendrá una vigencia de dos años y se tramitará de conformidad con el procedimiento previsto para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo (art. 197.4 LOEx). Para la renovación de dicha autorización se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones: el interesado debe acreditar recursos económicos suficientes para su manutención (la cuantía económica a acreditar para su manutención se establece en una cantidad que represente el 100% del IPREM); pueden ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a tales efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes de conformidad con el art. 35.9 LOEx; y se tendrá en cuenta la inserción del solicitante en la sociedad española, que quedará determinada después de la realización de una valoración de distintos aspectos, como: el respeto de las normas de convivencia, el conocimiento de las lenguas oficiales del Estado, la existencia de vínculos familiares con ciudadanos españoles o extranjeros residentes en España, el tiempo que han estado sometidos al acogimiento, guarda o tutela de un ciudadano o institución española, la continuidad en los estudios, la existencia de una oferta o contrato de trabajo y la participación en itinerarios de formación (art. 197.3 RLOEx).

¹²⁵ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, *loc. cit.*, p. 47; M^a E. COBAS COBIELLA, “Menores y extranjería: situaciones de regularización”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 20, pp. 1-8, p.4; P. RODRÍGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO Y A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, *op. cit.*, p. 494.

Con respecto a las condiciones que deben concurrir para la obtención de la renovación de una autorización de residencia es de interés destacar la STS 1155/2018, de 9 de julio de 2018¹²⁶. En este asunto la cuestión que se planteaba es la de determinar si el menor no acompañado que hasta la mayoría de edad ha estado bajo la tutela de la Administración disponiendo de una autorización de residencia temporal, en aplicación del art. 197.2 a) RLOEx, puede ver denegada la solicitud de renovación de dicha autorización una vez ya ha alcanzado la mayoría de edad, sin otro tipo de valoraciones. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra la sentencia de 7 de noviembre de 2016 del TSJ del País Vasco y confirmó la sentencia de 29 de diciembre de 2015 del Juzgado de Primera instancia de Vitoria Gasteiz, por la que se desestimaba un recurso contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Álava de 27 de marzo de 2015 denegatoria de la renovación de la autorización de residencia temporal concedida al recurrente en su condición de MENA durante su minoría de edad, una vez cumplidos los 18 años. La Delegación del Gobierno basó la resolución denegatoria de la renovación de la autorización de residencia temporal en la falta de acreditación por parte del interesado de recursos económicos suficientes para el período de residencia solicitado. En este caso la ausencia de recursos económicos propios era patente puesto que el recurrente vivía de ayudas sociales y el ayuntamiento de Vitoria le proporcionaba servicio de comedor. El recurrente en su recurso argumentaba que la resolución impugnada se basaba en una disposición sobre la que no existía jurisprudencia hasta el momento, suscitándose la cuestión en torno a si los requisitos previstos en los arts. 197.2 y 197.3 RLOEx son acumulativos o alternativos. La sentencia recurrida daba por sentado que los requisitos que contemplan los mencionados preceptos son acumulativos; en cambio, según el recurrente, de la lectura de los citados preceptos no se desprende dicha alternatividad. En su opinión, en una situación como la suya, en la que la adaptación social era total y existía interés por su parte en encontrar trabajo, el concepto de medios económicos debía flexibilizarse, en el sentido de que se tuvieran en cuenta las ayudas sociales como parte de esos medios sobre la base de lo dispuesto en el art. 197.3 RLOEx. El recurrente, para fundamentar su argumentación, también alegó que sus circunstancias personales eran muy específicas y distintas de las de los casos generales puesto que había estado tutelado por la Administración pública, de la que seguía en cierta medida dependiendo en ciertos aspectos. Por un lado, porque se encontraba participando en un proyecto socio-educativo-laboral que estaba teniendo excelentes resultados y, por otro lado, porque la Administración pública le había proporcionado el alojamiento y los recursos para poder culminar su proceso de arraigo e integración. Finalmente, el TS en su sentencia concluyó que la acreditación de medios económicos para su manutención o sostenimiento era una condición necesaria para poder obtener la renovación de la autorización de residencia temporal de la que venía disfrutando desde que era menor de edad y, que el incumplimiento de dicha condición constituía causa suficiente para su denegación. Es por este motivo que el TS consideró que resultaba innecesario entrar a valorar otras circunstancias.

En cambio, el TSJ de Castilla y León, en la Sentencia de 31 de julio de 2015¹²⁷, llegó a la conclusión opuesta en un caso en el que circunstancias eran parecidas. En este asunto, el TSJ de Castilla y León estimó el recurso y reconoció el derecho a la renovación de la autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo a un ex MENA, de nacionalidad marroquí, sin que éste hubiera acreditado la disposición de recursos económicos por valor del 100% del IPREM. El TSJ de Castilla y León admitió el recurso porque tuvo en cuenta las circunstancias personales del recurrente, un ex MENA que desde los seis años de edad se encontraba en España y que había estado tutelado por la Administración en régimen de acogimiento residencial. El interesado aportó certificados académicos de Educación secundaria en el que se reflejaban sus buenas calificaciones, certificados de formación, de conocimiento de la lengua española, una solicitud de empleo, un justificante conforme contaba con apoyo para su vivienda y manutención y un informe positivo de integración emitido por la Junta de Castilla y León.

67. En el caso de que el ex MENA no solicite la renovación de la autorización de residencia, éste pasará a encontrarse en España en situación irregular desde el momento en que finalice el período

¹²⁶ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, núm. 1155/2018, de 9 de julio de 2018 (Recurso 2393/2017), *ROJ*: STS 2768/2018 y *La Ley* nº 9250, 3 de septiembre de 2018.

¹²⁷ STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 165/2015, de 31 de julio de 2015 (recurso 84/2015), *ROJ*: STSJ CL 3657/2015.

de vigencia de su autorización, momento a partir del cual se le podrá aplicar el régimen sancionador previsto en la LOEx y en el RLOEx.

68. El ex MENA que alcanza la mayoría de edad siendo titular de una autorización de residencia también tiene la posibilidad de solicitar la modificación de la autorización de residencia en autorización de residencia y trabajo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 197.6 y 200 RLOEx.

B) El MENA no es titular de una autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad

69. Otra situación distinta es de los MENA que llegan a la mayoría de edad sin haber obtenido una autorización de residencia durante el período que estuvieron sometidos a la tutela legal, guarda o acogimiento de una entidad pública española, conforme al art. 196 RLOEx. Esta situación se produce cuando las autoridades españolas han omitido la realización del trámite de documentación durante la minoría de edad de estos jóvenes. Y ello da lugar a que los MENA alcancen la mayoría de edad encontrándose en España indocumentados y, por consiguiente, en situación irregular¹²⁸. En tales circunstancias, los ex MENA, en aplicación del régimen sancionador, pueden ser expulsados del territorio español (art. 57 LOEx), salvo que durante la minoría de edad hayan adquirido la nacionalidad española. Sin embargo, tal como se verá más adelante, es poco probable que ello ocurra en la práctica¹²⁹.

70. En estos casos, para evitar la aplicación del régimen sancionador, la entidad podrá recomendar la concesión al ex MENA de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, siempre y cuando éste haya participado en las acciones formativas y las actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social (art. 198.1 RLOEx). La solicitud deberá presentarla el propio interesado durante los 60 días naturales previos o los 90 días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años (art. 198.2 RLOEx). Asimismo, el interesado deberá acreditar, alternativamente, que dispone de recursos económicos suficientes para su manutención, en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM; que tiene un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva que reúne los requisitos previstos en el art. 64 b), c), d), e) y f) del RLOEx; y que reúne los requisitos previstos en el art. 105.3 a), b), c) y d) RLOEx para el desarrollo de una actividad por cuenta propia. En el caso de que el ex MENA obtenga una autorización de residencia en base a lo dispuesto en el art. 198.2, ésta conllevará una autorización de trabajo y la obligación de darse de alta a la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución. Durante la tramitación de la autorización se tendrá en especial consideración el grado de integración en la sociedad española en los términos previstos en el art. 197.3 RLOEx.

71. En la mayoría de los casos, el principal objetivo que persiguen los MENA que se desplazan al territorio español es obtener una autorización de residencia y de trabajo, no recibir una educación y formación y lograr su integración en la sociedad española. Es decir, su móvil es de carácter económico¹³⁰. La Administración es la encargada de dotar a los miembros de este colectivo de documentación de manera adecuada, tal como dispone el art. 10 de la LO 1/1996 modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Pero, la expedición de la documentación no sigue unos criterios uniformes y los trámites se complican enormemente cuanto más masificados están los centros de acogida¹³¹. Uno de los motivos, entre otros, que lleva a los MENA a abandonar los centros de acogida es el hecho de constatar que no podrán obtener la documentación necesaria para regularizar su situación en España.

¹²⁸ Vid. L. GARAU JUANEDA, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el derecho español”, *loc. cit.*, p. 86.

¹²⁹ Sobre los trámites que los MENA deben realizar para adquirir la nacionalidad española Vid. *infra* apartado 4.

¹³⁰ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Perfiles de la integración del extranjero”, *loc. cit.*, p. 35.

¹³¹ Vid. VVAA, *Rechazo y abandono. Situación de los menores que duermen en las calles de Melilla*, *op. cit.*, pp. 8, 43 y 44.

3. La autorización de trabajo

72. A pesar de que muchos MENA, cuando alcanzan la mayoría de edad, salen del centro o de la familia de acogida poseyendo una autorización de residencia o una renovación de dicha autorización, de lo que no disponen, por lo general, es de una autorización de trabajo.

73. La normativa de extranjería trata de facilitar el acceso de los MENA mayores de dieciséis años al mercado de trabajo y, por consiguiente, su integración en la sociedad. El art. 35.9 LOEx recoge un mandato en virtud del cual “las CCAA deben crear programas destinados a la incorporación de los menores inmigrantes en el mercado de trabajo cuando éstos alcanzan la mayoría de edad”, siempre y cuando cuenten con la autorización de residencia y con la autorización de trabajo para el desempeño de una actividad laboral, aunque en ocasiones pueden realizar determinadas actividades sin haber obtenido la autorización de trabajo¹³². Según el art. 41.1 j) LOEx, los MENA en edad laboral que dispongan de una autorización de residencia, están exentos de la obligación de obtener una autorización de trabajo para desarrollar aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio a juicio de la entidad pública que ejerza su tutela. Asimismo, según el art. 40.1 i) LOEx, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan la integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen¹³³. No obstante, la realidad es que en la práctica las autoridades suelen ser reticentes a la hora de expedir tales autorizaciones.

74. Para obtener una autorización de trabajo, los ex MENA deben conseguir un puesto de trabajo y un contrato, lo que no resulta nada fácil por varios motivos. Los trámites para la obtención de una autorización de trabajo conllevan un cierto tiempo y a los empleadores les resulta más práctico e inmediato contratar a jóvenes españoles o a jóvenes extranjeros que se encuentran en España en otras circunstancias, que a los ex MENA. Además, estos jóvenes, por lo general, tienen dificultades para acceder a un puesto de trabajo y no están capacitados para realizar todo tipo de actividades debido a que suelen tener un nivel académico muy bajo y una formación profesional escasa o nula y, en cualquier caso, inferior a la de los jóvenes españoles o a la de jóvenes extranjeros que se encuentran en España en otras circunstancias. Por lo general, los adolescentes que se encuentran dentro del sistema de protección tienen muchas dificultades para adquirir los conocimientos de la enseñanza obligatoria, particularmente los que han vivido bajo el régimen de acogimiento residencial¹³⁴. El desconocimiento o la falta de dominio del idioma suele ser un factor común en muchos de los casos, pero también pueden influir otros factores como el analfabetismo que muchos de estos jóvenes tienen cuando acceden al territorio español, el entorno familiar en el que han vivido y las experiencias personales por las que han pasado, entre otros. Todo ello, sin duda alguna, contribuye a que muchos de los MENA, tanto antes como después de la mayoría de edad, decidan vivir en la calle y caigan fácilmente en la delincuencia, las drogas, el alcohol, etc., pasando a ser, en consecuencia, individuos que son objeto de rechazo y de marginación por parte de la sociedad¹³⁵.

75. Muchos ex MENA empezaron a trabajar en su país de origen siendo muy jóvenes para poder contribuir a la economía familiar. No obstante, que hayan trabajado muchos años no significa que tengan una formación profesional. Además, muchos de ellos han trabajado en sectores muy precarios y algunos, incluso, en sectores difíciles y de alto riesgo personal, como la prostitución, el tráfico de drogas, etc.

76. El hecho de que la mayoría de los ex MENA no encuentren trabajo tiene como consecuencia que éstos no dispongan de recursos económicos para poder llevar a cabo una vida independiente de forma favorable para su desarrollo¹³⁶, lo que les lleva a vivir en la calle y, en muchos casos, a delinquir para

¹³² Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La situación de los menores no acompañados en España ...”, *loc. cit.* p. 48.

¹³³ Vid. A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los Menores Extranjeros No Acompañados”, *loc. cit.*, pp. 33 y 34.

¹³⁴ Vid. A. VEGA MARTÍNEZ, *Joves tutelats i transició cap a la vida independent*, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁵ Vid. P. MANRIQUE, “Tratan a los menores como un problema del que protegerse”, *loc. cit.*, p. 3.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 18.

poder sobrevivir. Para evitar este tipo de conductas, que sin duda son contraproducentes tanto para ellos mismos, como para la convivencia social, sería aconsejable que las autoridades españolas, en la medida de lo posible, dieran cumplimiento al mandato previsto en el art. 35.9 LOEx.

77. La autorización de trabajo, de concederse, tendrá la duración de la actividad para la que haya estado expedida, salvo que exceda del tiempo de vigencia de la autorización de residencia (art. 196.4 LOEx). No será necesario que obtengan la autorización de trabajo, los MENA que al alcanzar la mayoría de edad hayan obtenido la autorización de residencia permanente por cumplir los requisitos establecidos en el art. 72.3 e) RLOEx¹³⁷, ni tampoco aquellos que hayan adquirido la nacionalidad española¹³⁸.

4. La adquisición de la nacionalidad española

78. La nacionalidad, en su acepción jurídica, es el vínculo jurídico-político que une un individuo con el Estado del que aquél pasa a ser nacional. La nacionalidad es, pues, un elemento clave para la integración política de los inmigrantes en el territorio español¹³⁹.

79. No obstante, cuando hablamos de la integración de los extranjeros en España, no únicamente nos referimos a la integración política, sino, fundamentalmente, a su integración social, cultural, económica, laboral, lingüística, etc.¹⁴⁰. El cumplimiento por parte de los extranjeros del requisito de la integración en la sociedad española es exigido tanto en el trámite de la solicitud de la autorización de residencia o de su renovación (art. 197.3 y 198.1 RLOEx), como también en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española a través del mecanismo de la naturalización por residencia (art. 22.4 C.c en relación con Real Decreto 1004/2015, 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia -RD 1004/2015-¹⁴¹).

80. Según el art. 22.2 c) C.c, bastará un año de residencia en el territorio español para que “los que hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud” puedan adquirir la nacionalidad española a través de dicho mecanismo de naturalización. Por consiguiente, los MENA o ex MENA que están o han estado bajo un régimen de protección previsto por el ordenamiento jurídico español, como la tutela residencial o la tutela familiar, si lo desean, pueden beneficiarse de un régimen privilegiado de adquisición de la nacionalidad española.

81. Para que la adquisición de la nacionalidad española a través del mecanismo de la naturalización por residencia sea válida, el extranjero debe cumplir una serie de requisitos, entre los cuales destacan, que su residencia sea legal –por lo tanto, debe poseer una autorización de residencia conforme a la normativa en materia de extranjería¹⁴², y que justifique buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 C.c)¹⁴³.

¹³⁷ Vid. A. LÓPEZ AZCONA, “Problemática jurídica de los Menores Extranjeros No Acompañados”, p. 34.

¹³⁸ Vid. *infra* apartado 4.

¹³⁹ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Perfiles de la integración del extranjero”, en VVAA, *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 31-62, p. 41.

¹⁴⁰ Sobre las distintas acepciones del término “integración”, Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Perfiles de la integración del extranjero”, *loc. cit.*, pp. 31-62.

¹⁴¹ BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2015.

¹⁴² Según el art. 22.3 C.c, la residencia deberá ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. Y, además, de conformidad con el art. 23 C.c, que es la disposición que enumera los requisitos comunes para que la adquisición de la nacionalidad española por opción, residencia o carta de naturaleza sea válida, el interesado debe ser mayor de 14 años y capaz de prestar declaración por sí y debe jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes; debe renunciar a su nacionalidad, salvo que se sea nacional de Países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o que sea miembro de la comunidad sefardí y; debe inscribir la adquisición en el Registro Civil español”.

¹⁴³ Vid. E. PALLARÉS VAQUERO, “Extranjería”, en SAVE THE CHILDREN (Coord.), *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, *op. cit.*, pp. 33-47, pp. 46 y 47.

El RD 1004/2015 se adoptó para regular el procedimiento a seguir para adquirir la nacionalidad española por residencia conforme al art. 22 C.c y, en particular, para precisar los requisitos que deben cumplir los interesados en adquirir la nacionalidad española para demostrar, conforme al art. 22.4 C.c, que tienen un suficiente grado de integración en la sociedad española. A tal efecto, el RD 1004/2015 vino a incorporar como novedad la exigencia de que el interesado supere dos pruebas: una prueba de español como lengua extranjera (DELE) y una prueba en la que el interesado debe acreditar su conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España (art. 6.1 RD 1004/2015)¹⁴⁴. Los extranjeros menores de edad, entre los que se encuentran los MENA, no deben superar estas dos pruebas para acreditar su suficiente grado de integración en la sociedad española, sino que deben aportar un certificado del centro residencial o de acogida en el que hayan estado inscritos (art. 4.6 RD 1004/2015).

82. En la práctica, son pocos los casos de MENA que, durante su minoría de edad, adquieren la nacionalidad española por residencia en el territorio español de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.2 c) C.c. Y, el motivo no es otro que, cuando los miembros de este colectivo son menores de 14 años, la solicitud de adquisición de la nacionalidad la debe formular su representante legal (art. 21.3 c) C.c y art. 4.3 RD 1004/2015), es decir, la autoridad pública encargada de su protección y; además, en los casos de guarda, tutela o acogimiento por persona distinta de los padres y, en general, en todos los casos de representación legal distinta de la patria potestad, también es necesaria la autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del menor, previo informe del Ministerio Fiscal (art. 4.3 RD 1004/2015).

83. No se encuentran con menos trabas los MENA que inician los trámites para adquirir la nacionalidad española por naturalización por residencia a partir del momento en que son mayores de edad, por cuanto para demostrar un suficiente grado de integración en la sociedad española deben realizar las dos pruebas previstas por el art. 6.1 RD 1004/2015, la prueba DELE y la prueba de conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España. En definitiva, el RD 1004/2015 parte de la base de que la integración social tiene dos vertientes diferenciadas, la vertiente lingüística y la cultural, las cuales están interconectadas entre sí. La cuestión que se plantea en estos casos es si, atendiendo a la trayectoria personal, al nivel educativo y de formación, y al conocimiento de la lengua española, los miembros de este colectivo podrán demostrar un suficiente grado de integración en la sociedad española. En la práctica jurisprudencial se observa que una de las principales causas de denegación de la nacionalidad española por residencia es, precisamente, el desconocimiento de la lengua española y la falta de adaptación a la vida y a la cultura española¹⁴⁵, así como también el hecho de no poder justificar una buena conducta cívica¹⁴⁶.

84. Un elemento clave para que los inmigrantes puedan lograr su integración en la sociedad española es que éstos tengan conocimiento de la lengua española¹⁴⁷. El extranjero que no tiene un cierto conocimiento de la lengua española difícilmente puede adquirir un mínimo nivel de formación profesional y educativo y, en tales circunstancias, también tendrá dificultades para entablar relaciones sociales.

¹⁴⁴ También se podrá solicitar al interesado que aporte informes al objeto de comprobar si reúne los requisitos del art. 22 C.c. Los informes pueden comprender un juicio sobre la conducta del extranjero y su situación respecto a las obligaciones a cumplir para su entrada y residencia (arts. 8.1 i 8.2 RD 1004/2015).

¹⁴⁵ Vid. Ministerio Fiscal, *Memoria de Extranjería*, 2014, pp. 1-21, p. 20, en <https://blogextranjeriaprogestion.org/2015/10/26/memoria-fiscalia-de-extranjeria-2014/>.

¹⁴⁶ Vid. *supra* apartado 1. F) sobre la vida de los MENA y ex MENA en la calle.

¹⁴⁷ Vid. Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Perfiles de la integración del extranjero”, *loc. cit.*, p. 40; L. MORALES OROZCO, *La integración lingüística del alumnado inmigrante: propuestas para el aprendizaje cooperativo*, Catarata, Madrid, 2006, pp. 27-44; C. MORENO GARCÍA, “Lengua y cultura ¿elementos integradores?””, Granada, 2004, pp. 214 y 215; C.F. FÁBREGAS RUIZ, “Tratamiento jurídico e integración de los MENA”, en VVAA., *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 497-516; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Protección e integración social de los Menores inmigrantes extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *loc. cit.*, pp. 463-495; M. PÉREZ Y S. RINDEN, *La integración de los inmigrantes en la sociedad andaluza*, CSIC, Córdoba, 2005, pp. 107 y 108; M^a C. ACUYO VERDEJO, “El idioma como elemento de integración de la población inmigrante de Andalucía: una visión práctica de la Administración Pública”, en VVAA., *La integración de los extranjeros (Análisis transversal desde Andalucía)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 215-236.

85. El hecho de tener un cierto nivel educativo y una mínima formación profesional también es, sin duda alguna, un instrumento que facilita la integración social y la adquisición de autonomía por parte de estos jóvenes. Sin una mínima preparación, los ex MENA difícilmente pueden acceder al mercado laboral ya que los empleadores prefieren contratar a los jóvenes españoles o a jóvenes extranjeros que se encuentran en España en otras circunstancias por cuanto éstos, por lo general, están más preparados. Este es un problema que tiene difícil solución en la medida que los MENA suelen llegar a España sin haber ido a la escuela o sin haber finalizado sus estudios. Asimismo, las calificaciones de aquellos que han realizado estudios en su país de origen o de procedencia suelen ser muy bajas. Además, la intervención educativa llevada a cabo durante los años de internamiento, particularmente en los centros residenciales más que en el régimen de acogida familiar, no es suficiente como para garantizar que los jóvenes al alcanzar la mayoría de edad puedan afrontar autónomamente esta transición y competir con otros jóvenes. En consecuencia, en tales circunstancias los ex MENA se ven claramente abocados a una situación de marginación.

86. Como ya se ha apuntado anteriormente, con el fin de promover la integración de este colectivo y de encauzar su autonomía, recientemente, en Catalunya, se ha diseñado la *Estrategia catalana per l'acollida i la inclusió*, en la que participan sindicatos, colegios profesionales y entidades sociales. A través de este programa también se pretende abordar el tema de la sensibilización contra la estigmatización de los jóvenes que integran este colectivo, medida que a largo plazo puede contribuir a su inserción social¹⁴⁸.

87. Los MENA que han estado bajo el régimen de tutela de la Administración y que han vivido en centros residenciales tienen dificultades de integración social debido a que durante su minoría de edad han permanecido encerrados en los centros de acogida sin poder salir, en ocasiones, incluso, ni tan solo para asistir a la escuela. Muchos de los centros o instituciones de acogida se encuentran alejados de los núcleos urbanos, por consiguiente, los MENA no pueden relacionarse con normalidad con la gente y con otros chicos y chicas de su edad ni, por lo tanto, integrarse en la sociedad. Además, en muchos de los centros la escuela se encuentra en su propio interior, lo que sin duda contribuye a su reclusión o aislamiento con respecto al resto de la población. El aislamiento o semi-aislamiento al que se encuentran sometidos da lugar a que estos jóvenes tengan una red social muy limitada o incluso nula, lo que sin duda tiene efectos muy negativos de cara a su emancipación. Durante su minoría de edad, la institución o el centro de acogida es el único referente de los MENA. Un referente que se preocupa más de contenerlos o de controlarlos, que no de educarlos y de preocuparse por su futuro y que, además, los deja absolutamente solos y desamparados el mismo día que adquieren la mayoría de edad¹⁴⁹. En cambio, los ex MENA que han estado bajo la tutela familiar tienen mucha más facilidad para integrarse puesto que no han vivido aislados y encerrados, sino en un entorno, por lo general, más abierto y acogedor que les ha permitido sociabilizar más y adquirir lazos o vínculos con la familia de acogida¹⁵⁰.

88. La mayoría de los MENA se desplazan al territorio español con el objetivo de conseguir la documentación necesaria para poder regularizar su situación en el territorio español y para poder conseguir un trabajo y un salario que les permita sobrevivir e incluso mantener a su familia¹⁵¹. La integración en la sociedad española, su propia formación y el aprendizaje de la lengua española no son ni mucho menos su principal preocupación, ni tampoco el motivo que los lleva a desplazarse al territorio español. En consecuencia, la falta de interés o de motivación por parte de algunos miembros de este colectivo para integrarse en la sociedad española acaba constituyendo un obstáculo para su propia inserción y, en consecuencia para la adquisición de la nacionalidad española.

¹⁴⁸ Vid. R. M^a. BOSCH, "S'han estigmatitzat els menors migrants", *loc. cit.*, p. 3.

¹⁴⁹ Vid. P. MANRIQUE, "Tratan a los menores como un problema del que protegerse", *loc. cit.*, p. 4.

¹⁵⁰ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Migrants non accompagnés en Espagne", *loc. cit.*, p. 67.

¹⁵¹ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, "Perfiles de la integración del extranjero", *loc. cit.*, p. 35.

V. Reflexiones finales

89. En los últimos años el desafío que plantean los MENA es cada vez mayor puesto que el número de menores nacionales de terceros Estados o apátridas que llegan al territorio español y a otros Estados miembros de la Unión Europea va creciendo de manera exponencial. La inmigración masiva de MENA ha sido la causa de la reciente saturación del sistema de acogida en España.

90. Las razones por las que estos menores abandonan sus países son muy variadas y, en la mayoría de los casos, son estas mismas razones las que acaban frustrando la repatriación de los miembros de este colectivo a su país de origen o al país en el que se encuentran sus familiares, tanto cuando éstos son menores (MENA) como cuando son mayores de edad (ex MENA). En este ámbito sería fundamental estrechar la cooperación entre las autoridades de los Estados afectados y potenciar la búsqueda de soluciones asistenciales, de protección y de acompañamiento en los países de origen o de procedencia de los MENA y ex MENA. De esta manera, la responsabilidad de afrontar los problemas derivados de la protección y la regularización de este colectivo no recaerían en su totalidad en el Estado español, en tanto que Estado de acogida o de recepción.

91. Los MENA que permanecen en el territorio español quedan sujetos a un régimen de protección cuyo funcionamiento se desactiva el mismo día que cumplen 18 años. En la vida de una MENA concurren vivencias tristes, miedo, soledad, etc. No obstante, lo que verdaderamente supone un mal sueño para los miembros de este colectivo es la llegada a la mayoría de edad. Es a partir de este momento que comienza una nueva vida para ellos puesto que quedan automáticamente excluidos del régimen de protección y el principio del interés superior del menor ya no les ampara. Asimismo, su situación administrativa también se modifica y, salvo que dispongan o soliciten una autorización de residencia, obtengan su renovación o que hayan adquirido la nacionalidad española, los miembros de este colectivo pasan a encontrarse en España en situación irregular, con las consecuencias que ello conlleva. Por lo tanto, es fundamental prestar mucha atención al proceso de transición a la vida adulta de estos jóvenes y, siempre y cuando cumplan los requisitos legalmente previstos –imprescindible para evitar el “efecto llamada”–, procurar regularizar su situación y acompañarlos en el tránsito a la vida autónoma e independiente.

92. A nuestro juicio, para que los MENA puedan independizarse o emanciparse de manera adecuada es imprescindible y prioritario introducir mejoras y cambios en el sistema de protección al que éstos se encuentran sometidos durante su minoría de edad. Es decir, no es suficiente con articular mecanismos o programas específicos que faciliten la transición de los MENA a la vida adulta, sino que, sobre todo, es esencial mejorar y reforzar el régimen de protección al que se encuentran sometidos durante su minoría de edad.

93. Sería idóneo que los ex MENA, durante la minoría de edad, hayan vivido en un régimen de acogida más familiar que no residencial, aunque este sistema tiene la dificultad de que requiere de la participación de muchas más familias de las que participan en la actualidad en los programas de acogida. También sería aconsejable que los centros residenciales fueran más pequeños y lo más familiares posible, que fueran preferiblemente urbanos y que los menores pudieran vivir en un mismo centro, y no pasando de un centro a otro. De este modo se propiciaría la creación de lazos con su entorno y ello contribuiría a que en el momento de adquirir la mayoría de edad estos jóvenes fueran más maduros, autónomos y estuvieran más integrados en la sociedad. También sería necesario que el guardador o cuidador tuviera capacidad para tomar decisiones, ya que actualmente son las autoridades estatales o autonómicas del lugar donde reside el MENA las que deciden sin apenas conocer directamente al adolescente.

94. Para lograr que estos jóvenes puedan emanciparse e integrarse social, cultural y laboralmente, debería potenciarse su formación académica, profesional y el aprendizaje de la lengua española desde su entrada al régimen de protección. De esta manera, también se lograría reducir el número de MENA y de ex MENA en las calles y una mejora de la convivencia social. En definitiva, la preparación para la

vida adulta necesariamente debe formar parte de la propia planificación de la protección de los menores extranjeros no acompañados.

95. Una de las soluciones que mejores resultados está dando en la práctica a partir del momento en que los MENA cumplen 16 años de edad es la de las viviendas o pisos asistidos o tutelados, que se aplica en Catalunya. Se trata de un programa que favorece que estos jóvenes lleguen a la mayoría de edad mucho más preparados, maduros y con más seguridad en sí mismos para afrontar la vida independiente. Para poder acceder a este tipo de viviendas los menores deben cumplir toda una serie de requisitos, exigencia que es importante preservar para que el propio programa funcione correctamente. El problema es que son pocas las plazas disponibles y que se trata de un programa que no está previsto en todas las CCAA. Con el objetivo de evitar tratos desiguales e injustos de los jóvenes ex - tutelados, también sería conveniente unificar, en la mayor medida posible, los programas de atención a estos jóvenes en todo el territorio español.

96. No obstante, por mucho que se propongan soluciones o alternativas para facilitar y mejorar la transición de los MENA a la mayoría de edad, resulta indispensable que se aumente el número de plazas del sistema de protección de menores, de adolescentes y de mayores de edad, aunque ello no es viable si el Gobierno español y los Gobiernos autonómicos no aumentan la dotación presupuestaria para poder invertir en instalaciones, en programas de formación y educativos para estos jóvenes y en la contratación y formación de personal especializado en el cuidado y el trato de los MENA y ex MENA.

97. La problemática de los MENA, desde que llegan a España hasta que quedan excluidos del régimen de protección al llegar a la mayoría de edad, es responsabilidad de todos: de los países de origen o de procedencia de los jóvenes que integran este colectivo, de los Estados de recepción o de acogida y, también, de la propia ciudadanía.

LA ORDEN DE EMBARGO PREVENTIVO EXTRATERRITORIAL EN DERECHO INGLÉS

WORLDWIDE FREEZING ORDERS UNDER ENGLISH LAW

JAIME ZARZALEJOS HERRERO

Abogado y Consultor Senior en Vincas

Profesor Colaborador Visitante en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

Recibido: 26.11.2018 / Aceptado: 11.12.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4634>

Resumen: La orden de embargo preventivo extraterritorial proyecta sus efectos fuera de la jurisdicción del Estado cuya autoridad las dicta estableciendo una prohibición de disposición de activos a nivel mundial. Como puede advertirse, son medidas que pueden resultar de gran utilidad en el aseguramiento cautelar en procedimientos transfronterizos. Este tipo de medidas propias de los sistemas common law, por general desconocidas en los ordenamientos continentales, pueden plantear ciertos problemas a la hora de su ejecución en terceros Estados. El estudio tiene por objeto analizar este tipo de protección cautelar bajo Derecho inglés. En concreto aborda su origen y la evolución, los principios generales para su adopción, el procedimiento, la posible extraterritorialidad de sus efectos y las implicaciones que la orden puede tener sobre derechos de terceros. Finalmente, se expondrán una serie de conclusiones sobre la eficacia de este tipo de medidas.

Palabras clave: embargo preventivo, extraterritorialidad, distracción de activos, ejecución.

Abstract: The effects of a worldwide freezing order go beyond the territorial jurisdiction of the court that grants it by restraining a party from disposing of or dealing with assets on a worldwide basis. These measures can prove very useful in an international litigation or arbitration proceeding. This type of relief is often granted in certain “common law” jurisdictions yet is unknown to most continental legal systems and its enforcement by local courts can pose certain challenges. The paper analyses this protective measure under English law. In particular, it examines the origin and development of this injunction, the applicable principles, its extra-territorial effects and third party’s rights. Finally, the paper draws some conclusions as to the effectiveness of such relief.

Keywords: freezing order, extra-territorial scope, asset dissipation, enforcement.

Sumario: I. Introducción. II. Origen y evolución. III. Principios generales para la adopción de una orden de embargo preventivo. 1. Aportación de hechos (full and frank disclosure). 2. Caso fundado (good and arguable case). 3. Existencia de activos (test for the existence of assets). 4. Riesgo de distracción de activos (risk of asset dissipation). 5. Presentación de caución (undertaking in damages). IV. Procedimiento. V. Extraterritorialidad. 1. La extraterritorialidad de las freezing injunctions. 2. Ejecución en terceros Estados. 3. Las freezing injunctions con alcance extraterritorial en apoyo de procedimientos extranjeros. VI. Afectación de terceros. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

1. Una de las cuestiones que más incidencia práctica pueden tener en un procedimiento judicial o arbitral es el aseguramiento de la eventual tutela solicitada.¹ Por ello, una de las primeras cuestiones que deben abordarse a la hora de establecer una determinada estrategia procesal es la conveniencia de solicitar medidas cautelares. Entre el elenco de medidas de protección cautelar, el embargo preventivo ocupa un puesto preeminente. El presente estudio tiene por objeto el análisis de este instrumento en una de las jurisdicciones más relevantes en el tráfico jurídico internacional como es la inglesa.²

2. Las órdenes de embargo preventivo son un tipo de *injunction*, es decir, un tipo de orden dictada por un tribunal por el que se prohíbe o se conmina a una parte a hacer o no hacer algo.³ En concreto, el tipo de orden objeto de estudio recibe el nombre de *freezing*⁴ o *Mareva injunction* y tienen por objeto establecer una prohibición de disposición temporal de los activos sobre los que se traba un embargo preventivo. Aquellas órdenes de embargo preventivo que pretenden alcanzar activos situados fuera de la jurisdicción del Estado en que se dictan, esto es, las órdenes de embargo preventivo con efectos extraterritoriales, reciben el nombre de *worldwide freezing orders* ('WFO').

3. Debido a los efectos que despliega esta medida en la esfera de la parte contra quien se adopta, han sido acertadamente descritas como una de las dos 'armas nucleares' dentro del arsenal procesal.⁵ La orden presupone un incumplimiento contractual de la compañía, que existe el riesgo de que vaya a distraer activos y establece una prohibición de disposición de sus activos a nivel mundial lo cual puede paralizar operaciones en curso, tener un impacto significativo en su relación con otros clientes, proveedores, financiadores, accionistas, afectar a su cotización, etc.⁶ Sus efectos incluso pueden trascender el ámbito estrictamente empresarial en tanto que la inobservancia de sus términos puede acarrear consecuencias penales. Además, esta medida tiene una gran trascendencia no sólo para la parte contra quien se dirige, sino también para los terceros cuyo objeto social consiste en la gestión de activos en tanto que, en determinadas circunstancias y como se expondrá más adelante, también puede verse afectados. Por ello, no es de extrañar la creciente popularidad que ha experimentado este instrumento desde su creación jurisprudencial hasta su positivización.

4. Sin entrar por el momento en otro tipo de consideraciones jurídicas, las órdenes de embargo preventivo con alcance extraterritorial son un instrumento que responde a las exigencias actuales del tráfico jurídico internacional. Todo negocio tiene como elemento esencial un mínimo grado de confianza en la otra parte lo cual en gran medida viene determinado por la información disponible. En la actualidad, las relaciones comerciales transnacionales se caracterizan por su gran complejidad debido a la infinidad de variables que intervienen y, en un contexto internacional, hay mayores posibilidades de que exista información asimétrica con respecto con muchos factores que son relevantes a la hora de entablar una relación comercial. Por ejemplo, qué protección me ofrece la jurisdicción en donde opera mi contraparte en caso de que esta incumpla sus obligaciones contractuales, cuál es el histórico de litigios que ha tenido

¹ Este tipo de orden (incluido las órdenes con efectos extraterritoriales) también pueden dictarse como medida de apoyo judicial en el marco de un procedimiento arbitral.

² En el Reino Unido conviven tres ordenamientos distintos: el inglés y galés, escocés y norirlandés. Este artículo se circunscribe al Derecho inglés (y galés).

³ Glosario del Civil Procedure Rules: Injunction: 'A court order prohibiting a person from doing something or requiring a person to do something.'

⁴ En este estudio se usarán de forma indistinta los términos 'orden de embargo preventivo', '*freezing injunction*' y '*mareva injunction*'.

⁵ Juez DONALDSON en *Bank Mellat v Nikipour* [1985] FSR 87. La otra medida es la Anton Piller Orden u orden de registro. Es una orden *in personam* contra el demandado para que permita la entrada y registro de sus dependencias por parte del demandante.

⁶ *Al-Rawas v Pegasus Energy Ltd.* [2008] EWHC 617 (QB) párr. 35: '(...) there is an interference with the party's ability to use its money as it wishes. It goes to the heart of the party's ability to use the banking system, which is at the heart of trade. To be on the wrong end of a freezing order is undoubtedly a stigma – see the Booker McConnell case referred to above: it suggests that the defendant has failed to pay its debts and has been found likely to try to dissipate its assets.'

con otros clientes, qué activos posee, dónde se encuentran situados o si podré dirigirme satisfactoriamente contra dichos activos en caso de que la relación comercial no llegue a buen término.

5. A esta asimetría debemos añadir que en la actualidad es relativamente sencillo movilizar activos de una jurisdicción a otra, crear sociedades interpuestas, ventas fraudulentas a terceros, etc. La parte renuente puede -antes, durante o después del proceso- movilizar sus activos para frustrar la satisfacción crediticia de una eventual resolución. Por lo general, la finalidad última del proceso es la satisfacción de la futura sentencia o laudo, pero una resolución que establece una obligación de crédito será fútil si en última instancia no se produce la satisfacción de la parte que ha obtenido la tutela judicial o arbitral. Es por ello que este tipo de órdenes pueden marcar la diferencia entre la consecución o no de la tutela solicitada.

6. Sin embargo, en la práctica las órdenes de embargo preventivo con alcance extraterritorial dan lugar a numerosos problemas puesto que tienen implicaciones sobre cuestiones tan relevantes como la soberanía de terceros Estados, la afectación los derechos patrimoniales de terceras partes, países que no contemplan la ejecución de medidas desconocidas en sus ordenamientos o que simplemente no permiten la ejecución de medidas cautelares, cuestiones de derecho internacional privado como la ley aplicable según qué activos pretendan ser trabados y un largo etcétera.

7. La Unión Europea también ha dado pasos para adaptarse a esta nueva realidad.⁷ Fruto de esta necesidad se promulgó el Reglamento 655/2014⁸ (aplicable desde enero de 2017) por el que se estableció la orden europea de retención de cuentas (OERC)⁹ como posible alternativa a las medidas cautelares nacionales en cada Estado miembro. Si bien es un mecanismo entre Estados miembros y no una orden con efectos extraterritoriales en sentido estricto, la *ratio* teleológica en ambos casos es esencialmente la misma.¹⁰ Cabe destacar que Reino Unido decidió no participar en la adopción del Reglamento y por tanto no queda vinculado por el mismo.¹¹

II. Origen y Evolución

8. En las principales jurisdicciones continentales, las medidas de embargo preventivo han sido -y siguen siendo- práctica común; sin embargo, en Inglaterra son un instrumento de creación relativamente reciente.¹² Lord DENNING, el artífice de este tipo de medidas en Derecho inglés, afirmó que estas constituían la mayor reforma legal de su tiempo:¹³

⁷ Considerando (4) del Reglamento (UE) N° 655/2014: '(...) el Consejo Europeo pidió a la Comisión que evaluara la necesidad y la viabilidad de establecer algunas medidas provisionales, incluso cautelares, a escala de la Unión, para prevenir, por ejemplo, la desaparición de activos antes de la ejecución de un crédito, y que presentara las propuestas adecuadas para mejorar la eficiencia con respecto a la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión en relación con las cuentas bancarias y los activos de deudores. [Énfasis añadido]

⁸ Reglamento (UE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

⁹ Para un análisis más en detalle ver I. ANTÓN, 'La orden europea de retención de cuentas: ¿Adiós a la dificultad que plantea el cobro de la deuda transfronteriza en la UE?', *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pp. 5-48. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3612>

¹⁰ El Reglamento dota al acreedor de un mecanismo para 'obtener una orden para evitar que la transferencia o retirada de fondos, hasta la cuantía especificada en la orden, que el deudor u otra persona por cuenta de este posean en una cuenta bancaria mantenida en un Estado miembro, ponga en peligro la ulterior ejecución de su crédito' (Artículo 1.1 del Reglamento (UE) N° 655/2014)

¹¹ Considerando (50) del Reglamento 655/2014.

¹² Como se expondrá a lo largo del estudio, el origen de esta medida se sitúa en la sentencia *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis* de 1975.

¹³ A. DENNING, 'The Due Process of Law', Editorial Butterworths (1980), Part four p. 134: 'On 22 May 1975 a case came before us which started off the greatest piece of judicial law reform in my time'.

In most countries of the world a creditor can impound the property of his debtor -at the outset- long before he has got the judgment against the debtor: and then have the property -or its equivalent- retained as security for payment of the debt in case afterwards gets judgment. This process is called in the French language *saisie conservatoire*. I suppose it means literally a ‘conservative seizure’ or ‘a seizure of assets so as to conserve them for the creditor in case he should afterwards get judgment’. But whatever it means, there is no doubt that for the last 150 years English law has known no such thing. Scottish law had something of the kind. But English law had nothing. In England a creditor could seize nothing until he got judgment against the debtor. [Énfasis añadido]

9. El origen de esta medida en Derecho inglés suele situarse en el caso *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis*.¹⁴ La compañía nipona (demandante) fletó un barco a los demandados a quienes reclamaban una suma de dinero. No era posible localizar a los demandados si bien el demandante descubrió que tenían fondos en un banco londinense y solicitó una orden de embargo para que no pudiese disponer de dichos activos con el fin de evitar que los distrajesen fuera de la jurisdicción del tribunal. Aun cuando *prima facie* habían probado que efectivamente los demandados adeudaban la cantidad reclamada, la resolución de instancia denegó la solicitud debido a la ausencia de jurisprudencia al respecto y porque este tipo de medidas eran desconocidas bajo Derecho inglés. El demandante apeló y la sustanciación correspondió al ya citado Lord DENNING quien afirmó que el hecho de que este tipo de medidas fuesen desconocidas en Derecho inglés no era óbice para no poder dictarlas. En concreto, el magistrado sostuvo que:

We are told that an injunction of this kind has never been granted before. It has never been the practice of the English courts to seize the assets of a defendant in advance of judgment, or to restrain the disposal of them ... It seems to me that the time has come when we should revise our practice.

10. Con base en la Sección 45(1) de la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925*, que en términos muy generales otorgaba el poder de dictar *injunctions* en aquellos casos en los que fuese ‘justo y conveniente’,¹⁵ Lord DENNING -junto con los otros magistrados-¹⁶ finalmente concedió la orden:

There is no reason why the High Court of this court should not make an order such as is asked for here (...) There is a strong *prima facie* case that the hire is owing and unpaid. If an injunction is not granted, these monies may be removed out of the jurisdiction and the shipowners will have the greatest difficulty in recovering anything.

11. Cuatro semanas después tuvo lugar el caso que da nombre a este tipo de órdenes en *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*.¹⁷ Las partes habían suscrito un contrato de fletamento para un viaje a la India. Los armadores recibieron los dos primeros pagos, pero no el tercero y último. Ante la imposibilidad de hacer frente al pago por parte del demandado y tras haber anunciado que iban a cesar su actividad, los armadores -animados por el resultado del caso anterior- decidieron solicitar la orden *ex parte*. De nuevo le correspondió sustanciar la apelación a Lord DENNING quien no cambió de criterio con respecto al caso anterior.¹⁸ Sin embargo, tal y como afirmó el propio juez, estos casos por sí solos no podían sentar jurisprudencia en tanto que ambos habían sido procedimientos *ex*

¹⁴ *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis* [1975] 1 WLR 1093. Para un resumen más en detalle se remite al lector a B. BLOCK et J. HOSTETTLER, ‘Famous Cases: Nine Trials that Changed the Law’, Editorial Waterside Press (2002), Capítulo 8, pg. 91 *et seq.*

¹⁵ Section 45(1) of the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925: ‘The High Court may grant mandamus or an injunction or appoint a receiver, by an interlocutory order in all cases which it appears to the court to be just and convenient so to do.’

¹⁶ En términos similares, el juez LANE afirmó que ‘[I]n the circumstances which exist in this case there is no reason why the court should not assist a litigant who is in danger of losing money to which he is admittedly entitled.’

¹⁷ *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*. [1980] 1 All ER.

¹⁸ LORD DENNING en *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*: ‘If it appears that the debt is due and owing -and there is a danger that the debtor may dispose of his assets so as to defeat it before judgment- the court has jurisdiction in a proper case to grant an interlocutory judgment so as to prevent him disposing of those assets’.

parte en donde no había llegado a intervenir ninguno de los demandados.¹⁹ Esta oportunidad se presentó en *Rasu Maritima SA v Perusahaan*²⁰ (también conocido como el caso *Pertamina*).

12. Otro importante caso posterior que contribuyó al debate jurisprudencial sobre el alcance y los límites de este nuevo tipo de medidas fue el caso *Siskina*.²¹ Trataba sobre la reclamación de los daños producidos a un armador saudí por la retención y posterior hundimiento en aguas griegas de un carguero por parte del fletador panameño. El único activo del contratista era el dinero derivado de un contrato de seguro con una aseguradora inglesa. El caso llegó en apelación a la Cámara de los Lores y el que a la sazón era el más alto tribunal inglés, determinó que la localización del activo no era causa suficiente para la asunción de competencia para dictar dicha orden por considerar que no había conexión suficiente entre el tribunal inglés y la reclamación principal. Según el propio Lord DENNING, esta revocación fue la más decepcionante de cuantas ha sufrido.²²

13. A pesar de este caso, la orden terminaría consolidándose en *Third Chandris Shipping*.²³ Como afirma HOYLE, la importancia del caso radicaba en que pocos asuntos llegaban a apelación y por tanto no había jurisprudencia mayor que ofreciese unos criterios claros.²⁴ En *Third Chandris Shipping* se establecieron unos principios generales (en concreto cinco) para la concesión de este tipo de órdenes, cuestión que será abordada en más detalle en el título siguiente.

III. Principios generales para la adopción de una *freezing injunction*

14. En primer lugar, la causa de pedir con respecto al procedimiento principal debe ser susceptible de tutela ante los tribunales ingleses (*a cause of action justiciable in England and Wales*). Los principios para la obtención de una orden son de construcción jurisprudencial y por ello, pueden encontrarse distintas clasificaciones. No obstante, el presente análisis se basará en las cinco directrices expuestas por Lord DENNING, creador de este tipo de medidas, en el caso *Third Chandris Shipping Corp. v Unimarine S.A.*

15. En particular, los requisitos que debe cumplir la solicitud de una orden de embargo preventivo son los siguientes: (i) el solicitante debe aportar una relación completa y veraz de los hechos de los que tenga conocimiento y que sean relevantes para la toma de la decisión por parte del tribunal (*full and frank disclosure*), (ii) los hechos deben constituir un caso fundado (*'a good arguable case'*) incluyendo la cantidad reclamada,²⁵ (iii) el solicitante debe demostrar que existen motivos para creer que la parte contra quien se dirige la orden tiene activos susceptibles de ser trabados (*test for the existence of assets*), (iv) debe existir y acreditarse un riesgo real de distracción de activos (*risk of asset dissipation*) y (v) debe ofrecerse una caución por parte del solicitante (*undertaking in damages*). Como se puede observar los requisitos que acabamos de enunciar son muy similares a las de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como, por ejemplo, el sistema cautelar español basado, en esencia, en la acreditación del *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y en el ofrecimiento de una caución.

¹⁹ A.DENNING, *Op. cit.*, p. 136.

²⁰ *Rasu Maritima Sa v Perusahaan Pertamina* [1978] 1 QB 644

²¹ *Siskina v. Distos Compania Naviera S.A.* [1979] 2 A.C. 210

²² A.DENNING., *Op. cit.*, p. 141.

²³ *Third Chandris Shipping Corp. v Unimarine S.A.* [1979] CA

²⁴ M.HOYLE, 'Freezing and Search Orders', *Lloyd's Commercial Law Library*, 4th Edition (2017), párr. 1.12

²⁵ Si bien el tenor literal de la sentencia dice '[T]he plaintiff should give particulars of his claim against the defendant, stating the ground of his claim and the amount, and fairly stating the points made against it by the defendant.', tras el caso *Ninemia Maritime Corp v Trave GmbH* se empezó a denominar como el *good and arguable test*.

1. Aportación de hechos (*Full and frank disclosure*)

16. La parte que solicita la medida debe presentar todos aquellos elementos fácticos y jurídicos relevantes sobre los que se funda la tutela judicial que se solicitará en el consiguiente proceso principal para que el tribunal pueda valorar si existen argumentos suficientes para conceder la orden de embargo preventivo.²⁶ Esto se erige como una garantía lógica dado el alcance que la medida puede llegar a tener sobre el demandado y en especial cuando se solicitan *ex parte*.²⁷ Lord DENNING definió este deber en el caso *Bank Mellat v. Nikpour* de la siguiente manera:²⁸

I would like to repeat what has been said on many occasions. When an *ex parte* application is made for a Mareva injunction, it is of the first important that the plaintiff should make full and frank disclosure of all material facts. He ought to state the nature of the case and his cause of action. Equally, in fairness to the defendant, the plaintiff ought to disclose, so far as he is able, any defence which the defendant has indicated in correspondence or elsewhere. It is only if such information is put fairly before the court that a Mareva injunction can properly be granted. [Énfasis añadido]

17. El juez GIBSON,²⁹ con base en la jurisprudencia anterior, resumió los principios aplicables al deber de *full and frank disclosure* en los siguientes: (i) el deber del solicitante consiste en revelar de manera veraz y completa todos los hechos relevantes (*a full and fair disclosure of all the material facts*), (ii) se consideran hechos relevantes aquellos que por su importancia debe tener en cuenta el juez para valorar la solicitud y el juicio sobre su relevancia corresponde al juez y no a la parte -o a su representación letrada-, (iii) la parte solicitante debe realizar las averiguaciones necesarias con respecto al caso antes de presentar la solicitud y, por tanto, su deber de *full and frank disclosure* alcanza no sólo a los hechos que conozca sino a aquellos que razonablemente pueda llegar a conocer fruto de esas averiguaciones, (iv) el nivel de detalle de los hechos dependerá de las circunstancias concretas del caso,³⁰ (v) si el tribunal considera que el solicitante no ha cumplido suficientemente con el deber de aportar los hechos en una solicitud *ex parte*, deberá impedir que se beneficie del incumplimiento del deber, (vi) la denegación o alzamiento de la orden con base en la no aportación de hechos dependerá de la trascendencia de estos (*materiality*) correspondiendo al tribunal este juicio y, por último, (vii) la omisión de algún hecho no implica automáticamente la denegación o el alzamiento de la orden en tanto que el tribunal tiene la potestad discrecional para mantener la orden o modificar sus términos.

18. Con respecto a este último extremo y como afirmaba Lord DENNING (recogido más tarde por el propio juez GIBSON), no cualquier omisión en la aportación de hechos debe conducir automáticamente a la denegación de la solicitud o en su caso la remoción de sus efectos.³¹ Dependerá de qué extremos se han omitido y si estos son o no materiales (*material facts and non-material facts*). Puesto que no existen

²⁶ Practice Direction 25A (3.3): ‘The evidence must set out the facts on which the applicant relies for the claim being made against the respondent, including all material facts of which the court should be made aware.’

²⁷ *Fourie v. Le Roux & Ors Rev 1* [2007] UKHL 1, para 33: ‘This is a draconian remedy and the strict rules relating to full disclosure by the claimant are a recognition of the nature of the remedy and its potential for causing injustice to the defendant’. [Énfasis añadido].

²⁸ LORD DENNING en *Bank Mellat v. Nikpour* [1985] F.S.R. Otra definición puede encontrarse en una sentencia más antigua (*R. v. Kensington Income Tax Commissioners, Ex parte Princess Edmond de Polignac* [1917] 1 K.B.) en donde se afirmaba que: ‘It is perfectly well settled that a person who makes an *ex parte* application to the court - that is to say, in the absence of the person who will be affected by that which the court is asked to do - is under an obligation to make the fullest possible disclosure of all material facts within his knowledge, and if he does not make that fullest possible disclosure, then he cannot obtain any advantage from the proceedings, and he will be deprived of any advantage he may have already obtained by means of the order which has thus wrongly been obtained by him. That is perfectly plain and requires no authority to justify it.’ Pasaje citado por el juez DONALDSON en *Bank Mellat v. Nikpour* [1985] F.S.R.

²⁹ *Brink's Mat Ltd v Elcombe* [1988] 1 WLR.

³⁰ El detalle de dichas averiguaciones dependerá del caso en concreto y en particular de: (a) la naturaleza del caso en el momento de presentar la solicitud, (b) el efecto que la orden pueda tener sobre el demandado y (c) la urgencia y tiempo disponible para llevar a cabo las averiguaciones.

³¹ LORD DENNING en el caso *Bank Mellat v Nikpour* [1985] FSR 87: ‘is not for every omission that the injunction will be automatically discharged.’

criterios previos sobre qué hechos son materiales y cuáles no, dependerá de cada caso concreto y queda a la discreción del tribunal (*discretion to forgive a non-disclosure*). Por parte del demandado que se opone, resulta relevante la advertencia del juez SLADE en *Brink's Mat v Elcombe*³² con respecto a aquellos demandados que, sin tener argumentos sustantivos suficientes, alegan la falta de revelación de hechos para intentar oponerse a la orden:

Particularly, in heavy commercial cases, the borderline between material facts and non-material facts may be a somewhat uncertain one. While in no way discounting the heavy duty of candour and care which falls on persons making ex parte applications, I do not think the application of the principle should be carried to extreme lengths. In one or two other recent cases coming before this court, I have suspected the signs of a growing tendency on the part of some litigants against whom ex parte injunctions have been granted, or of their legal advisers, to rush to the *Rex v. Kensington Income Tax Commissioners* [1917] 1 K.B. 486 principle as a tabula in naufragio, alleging material non-disclosure on sometimes rather slender grounds, as representing substantially the only hope of obtaining the discharge of injunctions in cases where there is little hope of doing so on the substantial merits of the case or on the balance of convenience.

Though in the present case I agree that there was some material, albeit innocent, non-disclosure on the application to Roch J., I am quite satisfied that the punishment would be out of all proportion to the offence, and indeed would cause a serious potential injustice if this court were, on account of such non-disclosure, to refuse to continue the injunction granted by Roch J. on 9 December 1986. [Énfasis añadido]

19. Es decir, el deber de revelación no exige probar de forma fehaciente extremos que serán objeto de debate en el juicio posterior porque de lo contrario, se corre el riesgo de que se constituya un proceso preliminar sobre cuestiones que en realidad corresponde tratar en el proceso principal.³³ Asimismo, afirmaba que el juicio sobre los hechos probados -o indiciariamente probados- debe ser proporcional a la importancia y relevancia de los mismos y se debe tener presente que, cuanto más complejo es el caso, la parte contra quien se dirige la orden tendrá más posibilidades de invocar el argumento de que no se ha cumplido el requisito de la revelación ‘veraz y completa’ de los hechos.

20. Sin embargo, esta interpretación no rebaja la importancia de atender esta obligación de manera estricta y completa, en especial con respecto a las solicitudes *ex parte*. Como recordaba la *High Court* en una reciente sentencia,³⁴ el principio de justicia exige oír a las dos partes. Por tanto, en casos excepcionales y justificados en que una de las partes no tenga la oportunidad de presentar su caso, el solicitante no puede presentar sólo los hechos y documentos que le sean favorables. Para que se entienda cumplido el deber de *full and frank disclosure* no basta con que la parte presente una serie de hechos a través de la mera aportación documental, sino que debe exponerlos de manera honesta incluyendo aquellos argumentos y pruebas que la parte contraria previsiblemente alegaría.

³² *Ibid.* pg. 376.

³³ Cabe citar lo expuesto por el juez TOULSON en el caso *Crown Resources AG v Vinogradsky* (unreported 15 June 2001) (visto en *Dar Al Arkan Real Estate Development Company v Al Refai and others* [2012] EWHC 3539 (Comm)): ‘... issues of non-disclosure or abuse of process in relation to the operation of a freezing order ought to be capable of being dealt with quite concisely. Speaking in general terms, it is inappropriate to seek to set aside a freezing order for non-disclosure where proof of non-disclosure depends on proof of facts which are themselves in issue in the action, unless the facts are truly so plain that they can be readily and summarily established, otherwise the application to set aside the freezing order is liable to become a form of preliminary trial in which the judge is asked to make findings (albeit provisionally) on issues which should be more properly reserved for the trial itself (pages 4-5 of the transcript). (...) I would add that the more complex the case, the more fertile is the ground for raising arguments about non-disclosure and the more important it is, in my view, that the judge should not lose sight of the wood for the trees (page 7). (...) In applying the broad test of materiality, sensible limits have to be drawn. Otherwise there would be no limit to the points of prejudice which could be advanced under the guise of discretion (page 22).’ [Énfasis añadido]

³⁴ *Fundo Soberano de Angola & ors v. Jose Filomeno dos Santos & ors* [2018] EWHC 2199 (Comm)

2. Caso Fundado (*Good arguable case*)

21. Al igual que el concepto de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, se exige que los hechos y documentos aportados presenten indicios de verosimilitud de las pretensiones de la parte que la solicita. Para determinar el estándar de qué constituye un caso bien fundado, normalmente se hace referencia al test del caso *Ninemia*³⁵ en donde se estableció que es aquel que ‘*is more than barely capable of serious argument, and yet not necessarily one which the judge considers would have a better than 50 per cent chance of success.*’ Es decir, no es un umbral excesivamente elevado.³⁶

3. Existencia de activos (*test for the existence of assets*)

22. Para que las órdenes sean efectivas, es necesario que el demandado tenga activos susceptibles de ser trabados. Por ello una cuestión relevante -y cuya interpretación ha ido evolucionando-, es la carga de la prueba sobre la existencia (y localización) de los activos. Satisfacer este requisito es importante porque es probable que el tribunal no esté dispuesto a dictar una orden de embargo preventivo que no resulte en el trabado efectivo de activos.

23. En un primer momento, la jurisprudencia exigía como condición previa que el solicitante indicase la existencia de activos concretos contra los que se podía dirigir la orden. Sin embargo, en una reciente sentencia³⁷ el juez LONGMORE de la Corte de Apelación repasó la jurisprudencia existente y enunció nuevamente el umbral probatorio. El magistrado indicó que esta exigencia no puede entenderse en vigor (*‘I do not accept that this is the law’*).³⁸ Sostuvo que este requisito era lógico en un primer momento tras la reciente creación de esta figura en tanto que la orden sólo se podía hacer efectiva frente a activos situados en Inglaterra y Gales (es decir, sin alcance extraterritorial). En la actualidad esta interpretación no era válida porque si bien no bastaba con afirmar que la parte contra la que se dirige la orden aparentemente tiene activos, tampoco se podía exigir al solicitante que probase que fuese probable que tuviese activos (*‘the likelihood test’*). En su opinión, el solicitante debía proporcionar al tribunal motivos para creer en la existencia de activos (*‘grounds for belief’*) y finalmente sostuvo que:

Since a claimant cannot invariably be expected to know of the existence of assets of a defendant, it should be sufficient that he can satisfy a court that there are grounds for so believing. That is not an excessive burden but if an order is sought against numerous companies or LLPs and those companies and LLPs can show that there is no money in their accounts and the claimant cannot show that the account has been recently active, it may well be right to refuse relief. [Énfasis añadido].

24. En caso de no tener un conocimiento efectivo de qué activos tiene la parte demandada, se puede solicitar una orden por la que se conmine al demandado a presentar una relación de sus activos con base en la sección 25.1(1)(g) del CPR. Una vez obtenida la información, podrá valorar si desea o no seguir adelante con la solicitud de la orden de embargo preventivo. No obstante, lo anterior supone renunciar al elemento sorpresivo en caso de que se pretenda solicitar con anterioridad al inicio del proceso principal.

4. Riesgo de distracción de activos (*risk of asset dissipation*)

25. La *ratio* teleológica de la orden es impedir que la parte contra la que se dirige la orden distraiga activos. Por ello, es lógico que una de las condiciones previas y necesarias es que exista tal riesgo (*periculum in mora*). En esta valoración son muchas las circunstancias que se pueden -y deben- analizar. Desde donde está domiciliada la compañía, el tipo de actividad que desarrolla, el tiempo que lleva desarrollándola, el tamaño de la empresa, su valoración crediticia, tasa de litigiosidad con otros

³⁵ *Ninemia Maritime Corp v Trave GmbH* (The Niedersachsen) [1983] 1 WLR

³⁶ M.HOYLE, *Op. Cit.*, párr. 4.20. ANDREWS, N., ‘The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute in England.’, Mohr Siebeck (2008), párr. 4.11, p. 58.

³⁷ *Ras Al Khaimah Investment Authority & Ors v Bestfort Development LLP & Ors* [2017] EWCA Civ 1014.

³⁸ *Ibid.* para 29.

clientes, posicionamiento o predisposición de colaboración en las conversaciones previas a la solicitud de la orden o hasta el propio equipo directivo.

26. Para determinar si existe o no riesgo de distracción, el juez MALES estableció siete criterios de valoración en el caso *National Bank Trust v Yurov and others*:³⁹ (i) el solicitante debe demostrar que hay un riesgo real de que la sentencia no sea cumplida como consecuencia de una disposición injustificada de los activos de la parte contra quien se dirige la orden, (ii) dicho riesgo debe ser probado de forma fundada sin que basten afirmaciones generales o meras inferencias, (iii) no bastan meras alegaciones generales de fraude o deshonestidad, sino que hay que analizar si la conducta tiene la entidad suficiente como para concluir que existe el riesgo, (iv) la conducta previa de la parte contra quien se dirige la orden puede ser relevante sólo si sirve para demostrar el riesgo *actual* de sus activos *actuales*,⁴⁰ (v) la naturaleza, localización y liquidez de los activos son cuestiones especialmente relevantes, (vi) también es relevante el hecho de que los activos estén garantizados o sobre los que la parte no tenga poder de disposición y por último, (vii) la conducta tras la reclamación del crédito de la disputa subyacente.⁴¹

27. Una de las cuestiones que la parte solicitante debe tener en cuenta, y que el tribunal podrá valorar, es la presteza o demora en la solicitud de la orden. Si la parte solicitante deja transcurrir un plazo considerable desde que tiene conocimiento del hecho que da lugar a solicitud de la tutela judicial y la solicitud de la orden, el tribunal puede inferir que -salvo justificación convincente-⁴² no hay riesgo de distracción de activos.⁴³ Sin embargo, no hay una relación axiomática entre la presentación tardía y la falta de riesgo. Parte de la jurisprudencia -sin negar que es un elemento que deberá ser valorado-, parece primar el resto de circunstancias a la hora de valorar el riesgo de distracción más que el momento temporal de la presentación de la solicitud.⁴⁴ Lo anterior no impide que la parte contra quien se dirija la orden pueda, con base en una presentación tardía, defender que no existe riesgo de distracción.

5. Presentación de Caución (*undertaking in damages*)

28. Por lo general, la concesión de una medida de embargo cautelar exige la prestación de caución (*undertaking in damages* o *cross-undertaking*).⁴⁵ La caución, al igual que en la mayoría de medidas de carácter cautelar, tiene por objeto el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que el embargo preventivo puedan causar al demandado en caso de que las pretensiones del demandante sean desestima-

³⁹ *National Bank Trust v Yurov and others* [2016] EWHC 1913 (Comm). El juez se partió de sentencias anteriores. Ver *Thane Investments Ltd v Tomlinson* [2003] EWCA Civ 1272; *TTMI Ltd v ASM Shipping Ltd* [2005] EWHC 2666 (Comm), [2006] 1 Lloyd's Rep 401; y *Congentra AG v Sixteen Thirteen Marine SA* [2008] EWHC 1615 (Comm).

⁴⁰ En la reciente sentencia dictada por la *High Court of Justice* en el caso *Gulf Air v One Inflight & Others* [2018] EWHC 1019 (Comm), el juez PICKEN, siguiendo la línea jurisprudencial del juez MALES afirmó que: 'He added that nor is there even any suggestion that past events demonstrate any current risk of dissipation. Again, however, I cannot agree with Mr Pearson about this since it seems to me that it is artificial to view the matter in the way suggested. (...) In such circumstances, bearing in mind (again) the nature of the allegations which have been levelled against the Defendants (including Mr Hirani), past events are obviously highly relevant in assessing whether there is a sufficient risk of dissipation or not.' [Énfasis añadido].

⁴¹ *National Bank Trust v Yurov and others* [2016] EWHC 1913 (Comm) párr. 70.

⁴² *Enercon GmbH v Enercon (India) Ltd* [2012] EWHC 689 (Comm) para 78: 'Delay in bringing the application is at least one factor to be weighed in the balance in considering whether or not to continue the freezing injunction. ... it is not simply the fact of delay that is so important but what it tells the court about the risk of dissipation. Absent some proper explanation, the fact that the claimants here waited for almost 2 and a half years before seeking a freezing injunction raises, at the very least, a large question mark as to whether there is indeed a real risk of dissipation particularly against the background of the many and varied Indian proceedings in which the parties have been engaged since 2007' [Énfasis añadido].

⁴³ Por ejemplo, ver *Anglo-Financial SA v Goldberg* [2014] EWHC 3192 (Ch).

⁴⁴ Por ejemplo en las sentencias *Antonio Gramsci Shipping Corporation v Recoletos Limited* [2011] EWHC 2242 y *Madoff Securities v Raven* [2011] EWHC 3102 (Comm): 'The mere fact of delay in bringing an application for a freezing injunction or that it has first been heard inter partes, does not, without more, mean there is no risk of dissipation. If the court is satisfied on other evidence that there is a risk of dissipation, the court should grant the order, despite the delay, even if only limited assets are ultimately frozen by it;' [Énfasis añadido].

⁴⁵ La propia orden establece: 'If the court later finds that this order has caused loss to the Respondent and decides that the Respondent should be compensated for that loss, the Applicant will comply with any order the court may make.'

das en el procedimiento principal.⁴⁶ La *ratio* de la caución es por tanto doble. Por un lado, y como se ha apuntado anteriormente, cubrir eventuales daños y por otro, desincentivar que la parte demandante use este tipo de órdenes de manera opresiva o para obtener información sobre los activos del demandado. Las consecuencias de un uso deshonesto o simplemente solicitar su uso sin que la pretensión principal esté bien fundada, pueden tener importantes consecuencias para el solicitante.

29. Un ejemplo de lo anterior es la reciente sentencia en el caso SCF Tankers Limited⁴⁷ (antes conocido como el caso Fiona Trust). En este caso, la Corte de Apelación otorgó un resarcimiento en daños por valor de US\$70 millones. El demandante (SCF Tankers) era un holding ruso que incluía numerosas empresas navieras y el demandado era una persona física que controlaba siete compañías también dedicadas a la actividad marítima (Standard Maritime). En 2005, SCF Tankers obtuvo una medida de embargo preventivo mundial (acompañado del correspondiente ofrecimiento de caución) frente a Standard Maritime por valor US\$225 millones. La prohibición de disposición de activos no incluía las transacciones dentro del curso ordinario de sus negocios (con la importante excepción de que, a los efectos de la orden, la compraventa de buques, la compraventa de acciones en cualquier compañía y la constitución de garantías sobre buques o acciones no era considerada como transacciones dentro del curso ordinario).⁴⁸ La propia orden de embargo establecía que se podrían levantar los efectos si la demandada hacía un depósito de fondos. Posteriormente, y a pesar de la oposición de SCF Tankers, la parte demandada levantó la orden de embargo preventivo prestando una caución por valor de US\$208.5 millones si bien podía usar los fondos depositados dentro del curso ordinario de sus negocios, pero manteniéndose la prohibición de la compraventa de buques salvo autorización expresa del tribunal. El procedimiento principal concluyó y las pretensiones de la demandante fueron desestimadas. Es importante destacar que en la orden de embargo se había establecido que:

If the court finds later that this order, the orders made 31 August 2005, 7 September 2005 or the provisions of undertakings as set out in this order or as may be provided in connection with the provision of security in accordance with this order, have caused loss to any respondent, and decides that any respondent should be compensated for that loss, the applicants will comply with any order the court may make.

30. Concluido el procedimiento principal en 2010, la parte demandada reclamó los daños y perjuicios causados por la orden de embargo. En estos casos, la dificultad estriba en el establecimiento del nexo causal entre la orden y los daños reales y efectivos. En su defensa SCF Tankers alegó que no había ninguna evidencia que indicase la intención de Standard Maritime de invertir en la construcción de nuevos buques y que de hecho, si realmente hubiesen deseado realizar alguna transacción de compraventa de buques podrían haber solicitado el permiso del tribunal lo cual evidenciaba que o bien los daños no habían sido como consecuencia de la orden de embargo, que Standard Maritime no había atendido su deber de mitigar los posibles daños o que simplemente éstos eran demasiado remotos. Sin embargo, el juez sostuvo que si el demandado ha establecido *prima facie* los daños, el tribunal puede inferir -a falta de otras circunstancias relevantes- que el daño ha sido causado por la orden y que, en todo caso, corresponde a la parte que solicitó la medida demostrar que el demandado no cumplió con su deber razonable de mitigar. Con respecto al *onus probandi* del nexo causal, hizo referencia a la sentencia *Financiera Avenida v Shibleq Transcript* en donde se afirmaba que:

"This approach does not mean that a party seeking to enforce an undertaking must deal with every conceivable or theoretical cause of the damage claimed, however unlikely this may be. Once a party has

⁴⁶ Como enunció LORD JUSTICE BEATSON, en la sentencia *SCF Tankers Ltd* (antes Fiona Trust & Holding Corp) v *Privalov* [2017] EWCA Civ 1877, la caución está '*designed to mitigate the risk of leaving a person restrained by an injunction unprotected in respect of loss caused by it when the underlying claim subsequently fails.*'

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Visto en *Ibid.*: '*This order does not prohibit Standard Maritime or any of its subsidiaries, from dealing with or disposing of any of its assets in the ordinary and proper course of business. For the avoidance of doubt, for the purpose of this Order, the sale and purchase of vessels (including vessels under construction), the sale and purchase of shares in any company or corporation and the grant of security over any vessels or shares are not in the ordinary and proper course of business.*'

established a prima facie case that the damage was exclusively caused by the relevant order, then in the absence of other material to displace that prima facie case, the court can, and generally would, draw the inference that the damage would not have been sustained but for the order. In other words, the court seeks to approach and deal with this question of causation in a common-sense way." [Énfasis añadido]

(...)

That is not what the Fiona Trust parties have sought to do. In this court, they argued that the burden lay on the Standard Maritime parties to show not only a *prima facie* case, but that an application would fail. In my judgment, that submission is not consistent with the authorities to which I have referred.

31. Además, confirmó el razonamiento de instancia que afirmaba que la orden no tiene que ser la única causa de los daños, sino que tiene que tener la capacidad efectiva para causarlos⁴⁹ (*‘an effective cause’*). También sostuvo que la orden de embargo había dañado la relación con el banco de Standard Maritime y que, por tanto, tampoco había una posibilidad real de haber realizado estas transacciones con cargo a financiación externa. Expuso lo que en el curso del procedimiento se denominó como el dilema práctico que implicó la orden (*‘practical dilemma’*). Este argumento sostenía que, desde un punto de vista empresarial, la orden suponía el siguiente dilema para Standard Maritime: No podían solicitar presupuestos a los astilleros porque para formalizar un eventual contrato debían pedir autorización al tribunal y a su vez, para que el tribunal pudiese autorizarlo debían entregar una propuesta concreta. El alcance de la orden, la oposición SCF Tankers a cualquier cambio en su contenido y la eventual reticencia o dudas por parte del astillero en cuanto a la disponibilidad de los fondos del posible comprador, hacían suponer la extrema dificultad por parte de Standard Maritime para llevar a término cualquier compraventa en un plazo razonable. Para sustentar el razonamiento anterior, trajo a colación la sentencia *Abbey Forwarding Ltd (en liquidación) v Hone*⁵⁰ en donde establecía las consideraciones a las que debía enfrentarse una parte sujeta a este tipo de medidas (y que por tanto también debían tenerse en cuenta por parte de los tribunales):

[T]he court must be realistic as to the dilemma facing a defendant when served, out of the blue, with a freezing order. Some claimants are far from reasonable in practice – the present case provides a very clear example ... Applications for variation are not that simple. They take time to prepare and are not without cost. ... Approaches to claimants who agree variations, or even to provide suitable written indications to banks and other third parties that particular payments are not caught by the order, are often far from straightforward. If, in such circumstances, a defendant is shown to have suffered an unusual loss, then in my judgment the claimant should not be surprised if the court orders him to pay for it.

32. Este caso es un claro ejemplo de la importancia que tiene medir bien las consecuencias a la hora de solicitar este tipo de medidas y, sobre todo, de valorar el fundamento y bases de las pretensiones en el procedimiento principal.

III. Procedimiento

33. La competencia para dictar este tipo de órdenes deriva de la Sección 37(1) de la *Senior Courts Act 1981*⁵¹ y salvo excepciones, corresponde a la *High Court* dictarlas. Sin perjuicio de otras leyes aplicables a procesos con algún elemento extranjero,⁵² el procedimiento viene recogido en las Reglas del Proceso Civil o *Civil Procedure Rules* (en adelante, “CPR”) junto con la guía de directrices o *Practice Direction* (en adelante, “PD”). La Regla 25 recoge una serie de medidas bajo el título “*Orders for interim remedies*” y en concreto aquellas que pretenden alcanzar activos fuera de la jurisdicción del tribunal (WFO) se regulan en la Regla 25.1(1)(f)(ii)⁵³ en donde se establece que el tribunal puede dictar

⁴⁹ *Abbey Forwarding Ltd (in liquidation) v Hone* [2014] EWCA Civ 711, [2015] Ch 309.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ ‘The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.’

⁵² Ver infra párr. 64 *et seq.*

⁵³ Traducción propia. Texto original: 25.1 Orders for interim remedies. (1) The court may grant the following interim rem-

una orden de embargo preventivo prohibiendo a una parte realizar transacciones con respecto a los activos dentro o fuera de su jurisdicción.

34. El procedimiento comienza al presentar la (i) solicitud o *application notice* en donde se debe especificar qué tipo de orden se solicita, el día, hora y lugar propuesto para la celebración de la vista, (ii) los hechos, pruebas y documentos en los que se funda la solicitud probando los extremos mencionados en el punto III (*full and frank disclosure of material facts*) para que el tribunal concluya que existe una causa de pedir como presupuesto de una futura acción (*good arguable case*). En concreto para las órdenes de embargo preventivo o *freezing injunctions* deben presentarse en forma de *affidavit*, así como (iii) un borrador de la orden (el modelo es un anexo del *Practice Direction to CPR Part 25*).⁵⁴ Salvo que el tribunal establezca lo contrario, también debe incluir (iv) la caución.

35. Este tipo de órdenes pueden solicitarse antes o durante el procedimiento principal (*before or after the issue of Claim Form*) e incluso después de haberse dictado sentencia⁵⁵ si bien por la propia naturaleza de las *freezing injunctions*, es habitual que su solicitud tenga lugar antes de haberse presentado la demanda.

Aplicación ex parte

36. Como se ha apuntado anteriormente, las medidas pueden solicitarse *ex parte*, esto es, sin necesidad de dar audiencia previa al futuro demandando (*without notice*). La naturaleza de la medida hace que ésta sea la práctica habitual porque si la finalidad de la orden es que el futuro demandado no distraiga activos, el demandante preferirá que la orden sea sorpresiva para impedir que, en el plazo entre la solicitud y el trabado efectivo del embargo, la parte contra quien se dirige la orden pueda distraer sus activos. En este caso, únicamente se dará audiencia al solicitante en el *without notice hearing* sin perjuicio de que más adelante se emplace a la persona contra quien se dirige la orden para que presente su defensa en un proceso contradictorio.⁵⁶

37. Para que una medida cautelar -incluida la que nos ocupa- pueda ser dictada sin audiencia del demandado, el CPR exige que el tribunal aprecie buenas razones (*‘good reasons for not giving notice’*).⁵⁷ En particular, se debe indicar en la propia solicitud las razones por las que el solicitante considera que no se debe dar audiencia al demandado como por ejemplo, que la notificación daría tiempo al demandante para frustrar su finalidad mediante la distracción de activos y que los daños producidos por la falta de notificación quedarían cubiertos por la caución del solicitante.

38. En caso de que la aplicación se haya realizado *ex parte*, la parte contra quien se dirige la orden podrá solicitar en cualquier momento al tribunal la modificación sus términos o su alzamiento (*vary or discharge the order*). En este caso, deberá informar a la representación letrada del solicitante y comunicar los hechos en los que se funda la petición de modificación o alzamiento. Supongamos que se ha dictado una orden prohibiendo a una parte disponer de activos por un determinado valor. Una vez notificada la orden si la parte presenta un depósito por valor similar o presenta una relación detallada de sus activos y éstos, aparte de encontrarse en una jurisdicción que ofrezca las suficientes garantías tienen suficiente liquidez, lo habitual será que el tribunal levante la orden.

edies – (f) an order (referred to as a ‘freezing injunction’) – (i) restraining a party from removing from the jurisdiction assets located there; or (ii) restraining a party from dealing with any assets whether located within the jurisdiction or not;

⁵⁴ Puede haber determinadas particularidades y documentos adicionales que se deban aportar en función del momento procesal en el que se presente la solicitud. Si es antes de la interposición de la demanda, por lo general deberá ir acompañado del *claim form* o borrador del *claim form* así como de un esquema general (*skeleton argument*) en donde se presente el caso.

⁵⁵ CPR 25.2 (1)

⁵⁶ Si la solicitud se ha presentado *ex parte*, se deberá indicar en la propia orden el día que se propone para la celebración de una futura vista con el emplazamiento de la parte contra quien se dirige la orden.

⁵⁷ CPR. 25.3(1): The court may grant an interim remedy on an application made without notice if it appears to the court that there are good reasons for not giving notice.

39. Al igual el resto de medidas cautelares, las *freezing injunctions* se dictan para proteger la efectividad de una resolución en un proceso principal. Por tanto, el solicitante debe presentar la demanda a la mayor brevedad posible. Este requisito fue enunciado de forma ilustrativa en el caso *Walsh v Deloitte and Touche Inc*⁵⁸ haciendo referencia a la jurisprudencia anterior:

(...) made by Glidewell and Dillon L.JJ in *Lloyds Bowmaker Ltd v Britannia Arrow Holdings Plc* [1988] 1 WLR 1337 at pp. 1347 ("a plaintiff who succeeds in obtaining a Mareva injunction is in my view under an obligation to press on with his action as rapidly as he can") and 1349-1350 ("where a party has obtained a Mareva injunction, that party is bound to get on with the trial of the action – not rest content with the injunction.") Their Lordships have no doubt that failure to progress the action, wherever it is taking place, is a ground upon which a court may discharge an injunction previously granted. [Énfasis añadido]

40. Por ejemplo, la Cámara de los Comunes en el caso *Fourie v Le Roux*⁵⁹ revocó una orden de embargo dictada por la *High Court* al no haber quedado acreditado que el solicitante de la orden -quien afirmó que estaba analizando si iniciar el procedimiento principal en Sudáfrica o Inglaterra- fuese a iniciar el procedimiento de forma inminente. Entendió que no había quedado acreditado la causa de acción principal.⁶⁰

La Orden

41. La orden debe determinar el valor (estimado) y, en su caso, los activos concretos sobre los que se podría proyectar la medida. No hay una lista *numerus clausus* sobre el tipo de activos que pueden ser trabados, pero estos incluyen: efectivo, cuentas bancarias, bienes inmobiliarios, bienes industriales, barcos, aviones, pólizas de seguros, etc. La propia orden modelo establece que el trabado no podrá alcanzar los gastos del coste de la vida o gastos de subsistencia (*living expenses*) así como los gastos de representación letrada cuya determinación variará en función de las circunstancias de cada caso concreto.

42. Por lo general, la orden también establece que el trabado no prohíbe a la parte la disposición de activos dentro del curso ordinario de sus negocios. No es difícil advertir la importancia de que este punto sea lo más concreto posible. Por un lado, la redacción debe impedir que se erija como un subterfugio para que la parte pueda frustrar la finalidad de la orden y por otro, debe servir para no paralizar las operaciones de la parte contra quien se dirija la orden ya que, en caso contrario, podría llegar a comprometer la propia supervivencia de la compañía. Un ejemplo de lo anterior ha sido analizado en el caso *SCF Tankers* en donde la orden contra una compañía naviera no consideraba dentro del curso ordinario del negocio la compraventa de buques, la compraventa de acciones en cualquier compañía y la constitución de garantías sobre buques o acciones. La orden también puede incluir que determinadas transacciones estén sujetas a la aprobación previa por parte del tribunal.

43. En cualquier caso, las partes también pueden acordar por escrito modificaciones a los términos de la orden y es precisamente aquí cuando la parte solicitante debe tener especial cuidado y actuar de buena fe. Supongamos que la parte sobre la que pesa la prohibición de disposición tiene una oportunidad de negocio o inversión (un proyecto que en principio parece viable con un buen retorno estimado) pero la parte solicitante se niega injustificadamente a modificar los términos o aceptar compromisos alternativos que permitan llevar a término la inversión. Esto puede suponer que, en un momento posterior, la parte solicitante deba responder frente al demandado por el lucro cesante.

44. Afirmaba HOBBS que ‘Sin la espada, los pactos [en nuestro caso la orden] no son sino palabras, sin fuerza para proteger al hombre [en nuestro caso al demandante].’⁶¹ Por ello, la desobediencia de la or-

⁵⁸ *Walsh & Ors v. Deloitte & Touche Inc* [2001] UKPC 58.

⁵⁹ *Fourie v. Le Roux & Ors Rev 1* [2007] UKHL 1.

⁶⁰ ANDREWS. N., *Op. Cit.*, párr. 4.11, p. 58.

⁶¹ HOBBS. T., *Del Leviatán*, Publicaciones Cruzó O. S.A., 1999, p.17. Cita original: ‘Covenants, without the sword, are but words and of no strength to secure a man at all.’

den, bien por la parte contra la que quien se dirige o un tercero puede conllevar una pena de multa, la congelación de los activos e incluso puede incurrir en un delito de desobediencia (*contempt of court*).⁶² En el caso de que la orden se dirija contra una persona jurídica, esta responsabilidad puede alcanzar a sus directores.

45. A continuación, tras haber expuesto el origen y evolución, los principios generales para su adopción, el procedimiento y el contenido de la orden, se analizan los elementos concretos de la orden de embargo preventivo extraterritorial, la interacción con los ordenamientos de terceros Estados y la afectación de terceros que no son parte de la disputa subyacente.

IV. Extraterritorialidad

46. Como señalan los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, en el pasado los Estados mantenían un sistema de *territorialidad absoluta*. En tanto que ‘la potestad jurisdiccional es una manifestación de la soberanía del Estado’,⁶³ éstos ‘negaban todo efecto jurídico a las decisiones de autoridades extranjeras relativas a cuestiones de Derecho Privado’.⁶⁴ Sin embargo, la realidad comercial, política o una mezcla de ambas, han llevado a que determinados países que se reconocen una serie garantías, acepten el despliegue de los efectos de decisiones extrajeras en sus Estados. En función del grado de confianza entre el Estado de la autoridad que adopta la decisión y el Estado extranjero en donde se pretende hacer valer sus efectos, habrá que seguir un procedimiento más o menos exhaustivo.

47. La tutela cautelar internacional, en tanto que provisional, presenta una serie de particularidades que hacen que el despliegue de sus efectos en terceros Estados sea comparativamente más complejo. A continuación, se analiza la concepción extraterritorial de la orden de embargo mundial bajo Derecho inglés, su evolución, las cuestiones que pueden surgir a la hora de ejecutarlas en terceros Estados (con una referencia especial al marco europeo) y la solicitud de este tipo de orden en apoyo de un procedimiento extranjero.

1. La extraterritorialidad de las *freezing injunctions*

48. El carácter extraterritorial de una orden consiste en la pretensión de que ésta despliegue sus efectos -en este caso alcanzar activos- fuera de la jurisdicción del tribunal que las dicta. Los requisitos para dictar una *freezing injunction* extraterritorial son en esencia los mismos que para una doméstica (ver Título III). No obstante, en caso de que el solicitante pretenda que tenga efectos transnacionales, también deberá probar que (i) la parte contra quien se dirige la orden carece de activos suficientes dentro de Inglaterra para satisfacer la eventual resolución (como justificación de la pretensión de extraterritorialidad) y que, en principio, (ii) la orden resultará en el trabado efectivo de activos (*equity will not act in vain*). Por lo general, las órdenes de embargo preventivo extraterritoriales son dictadas en casos en donde hay indicios de actuación deshonesto o fraude⁶⁵ en los que el demandado está en disposición de movilizar activos rápidamente a nivel mundial en jurisdicciones que ofrecen pocas garantías para la efectividad de una eventual resolución.

49. Como se ha mencionado anteriormente, al ser un instrumento de creación jurisprudencial, el alcance y límites de las *freezing injunctions* han ido evolucionando.⁶⁶ La jurisprudencia inglesa en un primer

⁶² La propia orden incluye en su encabezamiento una advertencia (*penal notice*) en donde se hace constar: ‘If you disobey this order you may be held to be in contempt of court and may be imprisoned, fine or have your assets seized. Any other person who knows of this order and does anything which helps or permits the respondent to breach the terms of this order may also be held to be in contempt of court and may be imprisoned, fine or have your assets seized.’

⁶³ A.L. CALVO CARAVACA./J. CARRASCOSA, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 18ª Edición (Editorial Comares), pg. 378.

⁶⁴ *Ibid.* pg. 376.

⁶⁵ Este tipo de orden también puede dictarse en el marco de un procedimiento penal. Ver Parte V de la *Proceeds of Crime Act 2002*.

⁶⁶ Puede encontrarse el resumen en la sentencia *Crédit Suisse Fides Trust SA v Cuoghi* [1997] 3 All ER

momento y posteriormente a través de su positivización, decidió ir extendiendo progresivamente el alcance territorial de las *freezing injunctions* como respuesta a la realidad comercial. Los tribunales entendieron que debían contar con un instrumento que diera respuesta a la progresiva internacionalización de los negocios.

50. En un primer momento, esta medida estaba prevista para que personas físicas o jurídicas no pudiesen disponer de los activos que tenían en Inglaterra dentro de Inglaterra. A continuación, se estableció que la orden podía prohibir no solo la disposición de activos dentro de Inglaterra, sino también la movilización de activos desde Inglaterra hacia el extranjero. Por último, y tras una serie de casos en la década de los años ochenta y noventa⁶⁷ establecieron que, en *determinadas circunstancias*, este tipo de medidas podían tener (en puridad, pretender tener) efectos extraterritoriales alcanzando activos tanto dentro como fuera de Inglaterra con independencia de dónde estuviesen domiciliada la parte contra quien se dirige la orden. Es decir, los términos de la orden pueden extenderse a una persona física o jurídica, nacional o extranjero impidiendo movilizar sus activos en cualquier parte del mundo.

51. La evolución del alcance de la orden -desde su inicial circunscripción doméstica hasta su actual alcance transnacional-, sólo puede entenderse atendiendo a la caracterización de su naturaleza. Como expuso su creador Lord DENNING, este tipo de órdenes si bien operan o pueden tener efectos *in rem*, son una medida personal.⁶⁸ Es decir, ‘la *freezing injunction* no constituye una orden dirigida propiamente sobre los bienes del deudor (*in rem*), sino que es una orden dirigida directamente sobre el demandado (*in personam*) para que se abstenga de transferir u ocultar sus bienes’⁶⁹ [donde quiera que se encuentren situados]. Fruto de esa caracterización, la prohibición que establece el modelo de orden extraterritorial es que se prohíbe *a la parte* ‘disponer en modo alguno, transaccionar o disminuir el valor de cualquiera de sus activos con independencia de que estén dentro o fuera de Inglaterra y Gales’.⁷⁰ Parte de la doctrina sostiene que fue esta caracterización la que hizo que la orden extraterritorial prosperara.⁷¹ Siguiendo la línea argumental anterior, la orden no contiene una imposición o mandato hacia a los tribunales de terceros Estados donde la parte pudiera tener activos, sino que la prohibición de disposición es a ‘título personal’. Es decir, desde la perspectiva inglesa, en tanto que vínculo tribunal-orden-parte es *ratione personae* -o si se quiere ‘aterritorial’- en teoría no habría lugar a cuestiones de injerencia jurisdiccional.

52. Este mismo argumento se ha usado para justificar la conformidad transnacional de otro tipo de órdenes como las *anti-suit injunctions* (órdenes conminatorias dictadas por un tribunal inglés⁷² cuyo objeto consiste en prohibir a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado). En este caso se argumentó que la orden no se dirige contra el órgano jurisdiccional de un tercer Estado miembro sino contra la parte del proceso (*in personam*). A diferencia de las *freezing injunctions*, este argumento fue rechazado en el ámbito intracomunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los casos *Turner*⁷³ y *West Tankers*⁷⁴ en donde declaró que, con base en el principio de confianza recíproca entre los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, estas órdenes son incompatibles con el derecho comunitario. Con independencia de la caracterización inglesa sobre la naturaleza *in personam* de las *anti-suit injunctions*, el tribunal entendía que de *facto* supone una injerencia en el ejercicio jurisdiccional del tribunal de otro Estado miembro en tanto que predetermina el pronunciamiento con respecto a su propia competencia.

⁶⁷ *Babanaft International Co SA v Bassatne* [1989] 1 All ER 433, *Republic of Haiti v Duvalier* [1990] 1 QB 202 y *Derby & Co Ltd v Weldon (No 2)* [1989] 1 All ER.

⁶⁸ *Z Ltd v A-Z and AA-LL* [1982] 1 QB 558.

⁶⁹ MARÍN, J.C., ‘Notas sobre la tutela provisional en el derecho inglés: especial referencia a la *freezing* o *Mareva injunction*’, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIII, diciembre 2002, pp. 207-223.

⁷⁰ Traducción propia de la sección 5(2) del Anexo en la *Practice Direction 25A*.

⁷¹ L. COLLINS, *Op. cit.*, p.88.

⁷² Otros países de tradición anglosajona también contemplan este tipo de orden.

⁷³ STJUE (Pleno) de 27 de abril de 2004, *Gregory Paul Turner v Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changeoint SA*. Asunto C-159/02.

⁷⁴ STJUE (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, *Allianz SpA (anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA), y Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc*. Asunto C-185/07 (ECLI:EU:C:2009:69).

Este criterio fue seguido posteriormente por los propios tribunales ingleses como por ejemplo en la reciente sentencia en el caso *Nori Holdings Ltd & Ors v Public Joint-Stock Company 'Bank Otkritie Financial Corporation'*.⁷⁵

53. No obstante, como ha sostenido parte de la jurisprudencia,⁷⁶ ‘el mero hecho de que la orden es *in personam* y se dirija contra una persona sujeta a la jurisdicción personal de los tribunales ingleses, no excluye la posibilidad de que el hecho de dictar la orden sea contrario al derecho o cortesía (*comity*) internacional, y su objeto se encuentre fuera de la jurisdicción del tribunal inglés.’ Como afirma COLLINS, ‘*an injunction in one country in relation to acts in another country can give rise to serious questions of sovereignty (...)*’⁷⁷ y por ello, la pretensión de alcance extraterritorial es una cuestión ciertamente compleja.

2. Ejecución en terceros estados

54. La orden de embargo con efecto extraterritorial se dicta bajo la presunción de que una de las partes ha incumplido los términos del contrato, que existe un riesgo real de distracción de activos (de lo contrario no se dictaría) y que no tiene activos suficientes en Inglaterra para asegurar una eventual resolución (de lo contrario se dictaría una doméstica). Supongamos que una vez notificada la orden, la parte no presta las debidas garantías o tan siquiera participa en el proceso. Lo anterior, sumado al hecho de que carece de activos en Inglaterra, hace que las consecuencias previstas en el ordenamiento inglés en caso de incumplimiento previsiblemente sean inocuas para la parte renuente. Es en estos casos donde la teoría de la extraterritorialidad ‘autónoma’ decae porque con independencia de la asunción de jurisdicción con base en el criterio *ratione personae*, lo cierto es que, si los activos están situados fuera del alcance territorial del tribunal, la efectividad del embargo preventivo requerirá de la intervención de los tribunales -u otro tipo de autoridades públicas- de un tercer Estado. En el caso de una *freezing injunction*, para alcanzar el resultado material pretendido por el tribunal inglés debe desplegar su eficacia ejecutiva y por ello, la cooperación judicial internacional determina en gran medida la eficacia de la resolución. En definitiva, en la medida en que la efectividad del trabado del embargo preventivo requiere el reconocimiento y ejecución de la orden,⁷⁸ dependerá del régimen de reconocimiento y ejecución del Estado concreto en donde se localicen los activos.

55. Por otro lado, también es necesario proteger a la parte contra quien se dirige la orden de posibles abusos por parte del solicitante mediante el inicio de múltiples procedimientos de reconocimiento y ejecución paralelos. En el caso *Derby & Co Ltd v Weldon* el tribunal había manifestado sus dudas sobre la posibilidad de que el reconocimiento y ejecución de la orden en terceros Estados se pudiera usar para someter al demandado a una multiplicidad de procesos de exequátur de forma opresiva. Para salvar esta preocupación, la parte demandante se comprometió a no solicitar el reconocimiento y ejecución de la orden en terceros Estados sin la autorización previa del tribunal inglés. Posteriormente se incluyó el requisito de que la parte que busca el reconocimiento y ejecución de la orden en un tercer Estado o solicite medidas de naturaleza similar en otros Estados, debe obtener previamente el permiso de los tribunales ingleses.⁷⁹ Es importante destacar que el tribunal, puede a su discreción no exigir autorización. Si bien la autorización queda a la discreción del tribunal, la jurisprudencia enunció una serie de ocho criterios a la hora de considerar las solicitudes de reconocimiento y ejecución de las *freezing injunctions* en terceros

⁷⁵ *Nori Holdings Ltd & Ors v Public Joint-Stock Company 'Bank Otkritie Financial Corporation'* [2018] EWHC 1343 (Comm).

⁷⁶ *Masri v Consolidated Contractors International (UK) Ltd (No.2)* [2008] EWCA Civ 303. Traducción propia.

⁷⁷ L. COLLINS, ‘Essays in international litigation and the conflicts of law’, Clarendon Press – Oxford (1996), p.101.

⁷⁸ Es importante destacar la importancia de no confundir la ejecución en el binomio ‘reconocimiento y ejecución’ -entendido como la *declaración* de que la resolución tiene fuerza ejecutiva- con la ejecución del embargo. En el caso que nos ocupa, el reconocimiento y ejecución de la orden culmina con el embargo preventivo (por ejemplo, con la anotación registral de embargo preventivo), es decir, no conlleva la ejecución del embargo (apremio).

⁷⁹ Cláusula 10 del Título 25 de las *Practice Direction*: ‘The Applicant will not without the permission of the court seek to enforce this order in any country outside England and Wales [or seek an order of a similar nature including orders conferring a charge or other security against the Respondent or the Respondent's assets]’

Estados en el caso *Dadourian Group Int. Inc. v Simms & Others*⁸⁰ (conocidas como las *Dadourian guidelines*). Si se analizan, se puede observar que el umbral probatorio con respecto a una orden doméstica es sustancialmente mayor. Por ejemplo, el criterio cinco establece que la parte que solicite la ejecución de la orden en el tercer Estado debe aportar pruebas sobre el derecho extranjero aplicable o explicar la naturaleza del proceso que pretende iniciarse lo cual hace que el proceso sea mucho menos expedito.

56. Es importante destacar que hay ordenamientos que no contemplan la posibilidad de reconocer medidas cautelares por no tener la consideración de resoluciones firmes. En otros casos pueden no ser susceptibles de reconocimiento y ejecución porque las medidas *in personam* sean desconocidas en el Estado donde sus efectos se pretendan hacer valer. Además, no es infrecuente que muchos Estados no reconozcan medidas cautelares dictadas *inaudita parte debitoris*,⁸¹ siendo esta una de la tipología más frecuente dentro de las solicitudes de *freezing injunctions*. En este último caso, es cierto que los tribunales ingleses suelen emplazar a la parte contra quien se dirige la orden en un plazo breve de tiempo y, por tanto, lo habitual será que cuando se inicie el trámite de reconocimiento y ejecución en un tercer Estado, ya se haya cumplido con este requisito. Sin embargo, hay ejemplos en los que precisamente esa brevedad en el emplazamiento ha resultado ser un óbice para su posterior reconocimiento como dictaminó el Tribunal Supremo Federal de Suiza al sostener que un plazo de cinco días laborables para oponerse o modificar los términos de la orden no era suficiente de acuerdo con su Derecho interno.⁸²

57. Si la medida cautelar se dicta durante o una vez ha recaído sentencia en el proceso principal, el tribunal o el demandante presumiblemente habrán solicitado al demandado una relación de sus activos y dónde se encuentran localizados. Sin embargo, puede plantear mayores problemas si la medida se solicita con anterioridad al inicio del proceso. Puede darse la circunstancia de que en un estado inicial del proceso no se tenga con certeza la relación de activos del demandado. En estos casos no es infrecuente que la orden establezca de forma genérica que se trabe embargo preventivo sobre los bienes del demandado por valor de X. En este supuesto, puede resultar difícil que el tribunal del Estado requerido o un tercero a quien se ha hecho extensivo los términos de la orden conozcan el importe que ha sido efectivamente trabado en otras jurisdicciones y, por tanto, no puedan valorar adecuadamente si al ejecutar la orden o impedir la disposición de activos respectivamente, estarían excediendo los efectos previstos en la resolución del Estado de origen.

58. En cualquier caso, salvo la particularidad de la naturaleza *in personam*, los requisitos son esencialmente los mismos que en cualquier otro ordenamiento que respete las garantías procesales elementales. Por ejemplo, si se comparan los requisitos para la adopción de una *freezing injunction* con los establecidos en el artículo 728 de la LEC para las medidas cautelares, puede observarse que son esencialmente los mismos. Ambos ordenamientos exigen acreditar que, sin la adopción de la medida, la efectividad de la eventual tutela solicitada puede verse impedida o dificultada (*periculum in mora* y *risk of asset dissipation*).⁸³ También exigen que el caso esté bien fundado, en la jurisprudencia inglesa a través del concepto del *good and arguable* que es equiparable a la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, en España la apariencia de buen derecho no se presume, sino que deberá probarse exponiendo los hechos y documentos en la solicitud (artículo 728.2 de la LEC) al igual que se exige en el ordenamiento inglés el requisito del *full and frank disclosure*. Por último, en ambos casos el solicitante deberá prestar caución salvo disposición en contrario del juez o tribunal y en caso de dictarse *inaudita parte debitoris*, el demandado deberá ser emplazado a la mayor brevedad posible.

⁸⁰ *Dadourian Group Int. Inc. v Simms & Others* [2006] EWCA Civ 399.

⁸¹ En este sentido ver STJUE de 21 de mayo de 1980, Bernard Denilauler v. SNC Couchet Frères. Asunto C-125/79. Asimismo, Considerando (33) *in fine* del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Refundición)

⁸² Sentencia Tribunal Supremo Federal de Suiza de 1 de marzo de 2006. Visto en GIROUD, S., 'How Worldwide Freezing Orders Are Enforced in Switzerland', *Yearbook of Private International Law*, Vol. 14 (2012/2013), pp. 445.

⁸³ En este caso, el riesgo de distracción de activos es una manifestación concreta del *periculum in mora*.

Ámbito Europeo

59. No entra dentro del objeto de este estudio hacer un análisis comparado de los regímenes de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, pero sí merece una especial mención al ámbito europeo dada la especial interrelación económica y -por ahora- política entre Reino Unido y el resto de Estados miembros. En caso de que resultase de aplicación la normativa europea, debe acudir al régimen establecido en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Refundición) (en adelante, 'Reglamento Bruselas I bis').

60. Este instrumento establece que, a los efectos del régimen de reconocimiento y ejecución, entra dentro del concepto de resolución 'las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto.' Es decir, la ejecución en otro Estado miembro seguirá el mismo procedimiento que para cualquier otra resolución judicial conforme al artículo 42.2 del Reglamento Bruselas I bis: Deberá aportarse una copia de la resolución y el certificado que describa específicamente la medida en donde se acredite (i) que el órgano judicial que dictó la medida es competente en cuanto al fondo del asunto y (ii) que la resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen. En los casos en que la medida se haya ordenado sin que se citara a comparecer al demandado, la acreditación de haberse efectuado la notificación de la resolución.

61. Sin embargo, es importante destacar que las medidas cautelares que operan *in personam* son desconocidas en la mayoría de ordenamientos continentales. En este sentido, una importante novedad del Reglamento Bruselas I bis, fue la introducción de una regla de adaptación de medidas u ordenes desconocidas en el ordenamiento jurídico del Estado requerido.⁸⁴ Como afirma el profesor GASCÓN, este tipo de disposiciones tiene una doble finalidad; evitar que la resolución extranjera no sea efectiva bajo el solo pretexto de que no existe una medida equivalente y, como consecuencia de lo anterior, la obligación por parte de los tribunales españoles de 'alcanzar el resultado material' de la resolución (efectos, finalidad e intereses) para así cumplir 'con el mandato constitucional de asegurar la eficacia plena de las resoluciones judiciales que la merezcan'.⁸⁵ Puesto que la freezing injunction es una orden *in personam* pero opera *in rem*, en principio la medida equivalente en la mayoría de los ordenamientos continentales sería el embargo preventivo 'sobre los bienes que se proyecte la medida'⁸⁶ pudiendo por ejemplo solicitar las correspondientes inscripciones asegurativas en los registros públicos españoles.⁸⁷

62. Otro instrumento relevante en el ámbito europeo es el Convenio Lugano II (2007) entre los Estados de la Unión Europea y los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio siendo especialmente relevante la vinculación de Suiza por su importancia como centro financiero. En caso de que la medida cautelar sea dictada por un Estado miembro (en nuestro caso un tribunal inglés), el procedimiento se regirá por lo dispuesto en el Convenio. Sin embargo, en la práctica el procedimiento tampoco está exento de dificultades como muestra la disparidad de criterios entre Cantones.⁸⁸ Por ejemplo, los tribunales del Cantón de Ginebra parecen seguir una línea más favorable a la hora de otorgar

⁸⁴ Establece el artículo 54.1 del Reglamento 1215/2012 que 'Si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares.'

⁸⁵ GASCÓN, F., 'Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil', Cuadernos de Derecho Transnacional (2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 158-187, párr. 22 y 23. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2782/1560>

⁸⁶ *Ibid.* párr. 24

⁸⁷ Esta tarea, que en teoría no revierte mayor dificultad, en la práctica puede resultar compleja como muestra el procedimiento de exequátur de una *freezing injunction* inglesa (con respecto a bienes situados en España) seguido ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. AAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 9 de junio de 2009, núm. 118/2009 (ECLI: ES:APIB:2009:193A). Visto en *Ibid.* párr. 24.

⁸⁸ Para un análisis más en detalle de la cuestión, se remite al lector a GIROUD, S., *op. cit.*

el exequátur de una orden de embargo preventivo mundial, mientras que los tribunales del Cantón de Zúrich has seguido una línea jurisprudencial más reticente. En un caso concreto⁸⁹, tanto el tribunal de primera instancia de Zúrich como su Corte de Apelación han denegado la concesión del exequátur con base en que en el Estado de origen es una medida *in personam*, y que por tanto al otorgar efectos *in rem* en Suiza el tribunal estaría excediendo la protección querida por el Estado de origen.

63. En definitiva, la parte solicitante deberá analizar el régimen de reconocimiento y ejecución en cada jurisdicción concreta. Tras la invocación por parte del Reino Unido del artículo 50 del Tratado de Lisboa para dejar de formar parte de la Unión Europea, deberemos esperar a ver cómo configurado el régimen de reconocimiento y ejecución con respecto al resto -o a cada uno-de los Estados Miembros.

3. Las *freezing injunctions* con alcance extraterritorial en apoyo de procedimientos extranjeros

64. La legislación inglesa también contempla la posibilidad de dictar este tipo de medidas en apoyo de un procedimiento extranjero. Esta competencia deriva de la Sección 25 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (en adelante, 'CJJA') (y su extensión jurisdiccional a través del *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (Interim Relief) Order 1997*)⁹⁰ en virtud de la cual la *High Court* puede dictar medidas cautelares (incluidas *freezing injunctions*) como medida de apoyo a un procedimiento iniciado -o que se va a iniciar- en el extranjero.⁹¹

65. A parte de los elementos básicos que deben cumplirse para cualquier *freezing injunction*, se exige que haya un elemento de conexión⁹² (*real link or connection to the English jurisdiction*). En casos en los que la orden se dicte como medida de apoyo a un procedimiento en un tercer Estado, puede darse la situación de que el demandado o la disputa subyacente tengan una conexión remota con la jurisdicción inglesa. La jurisprudencia en algunos casos se ha mostrado especialmente flexible a la hora de interpretar este criterio -especialmente en casos de fraude-⁹³ aunque si el demandado no está sometido a la jurisdicción *in personam* del tribunal y no tiene activos, es probable que el tribunal considere que sea fútil y por tanto la deniegue.⁹⁴

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Nota de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (Interim Relief) Order 1997*: 'This Order enlarges the power of the High Court in England and Wales or Northern Ireland to grant interim relief in aid of legal proceedings in other countries. At present such relief can only be granted where the principal proceedings are taking place in a country which is a party to the 1968 Brussels Convention or the 1988 Lugano Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and where the proceedings are within the scope of those Conventions. This Order removes those two limitations from the Courts' powers.'

⁹¹ En algún caso, la asunción de competencia con respecto a un procedimiento extranjero se ha hecho con base en la competencia, ciertamente más amplia, contenida en la Sección 37(1) de la *Senior Courts Act 1981*. En este sentido ver *Eastern European Engineering Ltd v Vijay Construction (Proprietary) Ltd* [2018] EWHC 1539 (Comm) en apoyo de un procedimiento de ejecución de un laudo dictado por un tribunal arbitral con sede en Francia.

⁹² *Motorola Credit Corporation v Uzan and others* [2003] EWCA Civ 752: 'The point of principle which lies at the heart of the appeals is whether a world-wide freezing order should be made under section 25 of the 1982 Act in support of an action in another jurisdiction in circumstances where the defendant in question is neither domiciled nor resident within the jurisdiction and there is no substantial connection between the relief sought and the territorial jurisdiction of the English Court.' [Énfasis añadido]

⁹³ Ver por ejemplo la sentencia en el caso *Republic of Haiti v Duvalier* [1990] 1 QB 202. Este caso tiene su origen en la demanda interpuesta en Francia por parte de la República de Haití contra su expresidente con el objetivo de recuperar más de 100 millones de dólares malversados durante el ejercicio de su cargo. En paralelo, se solicitó en Inglaterra una orden de embargo *ex parte* que fue concedida y confirmada en apelación. Lo anterior significaba emitir una orden contra un extranjero en apoyo de un procedimiento iniciado en otro Estado contra un demandado que no era residente en Inglaterra ni tenía activos dentro de la jurisdicción del tribunal. Este caso se considera excepcional debido a la enorme dificultad a la hora de justificar el elemento de conexión.

⁹⁴ Consideración (v) del párrafo 115 en la sentencia *Motorola Credit Corporation v Uzan and others* [2003] EWCA Civ 752. En este mismo sentido *ICICI Bank UK Plc v Diminico NV* [2014] EWHC 3124 (COMM). párr. 27: 'that the case is one where it is appropriate within the limits of comity for the English court to act as an international policeman in relation to assets abroad; and that will not be appropriate unless it is practical for an order to be made and unless the order can be enforced in practice if it is disobeyed; the court will not make an order even within the limits of comity if there is no effective sanction which it could apply if the order were disobeyed, as will often be the case if the defendant has no presence within the jurisdiction and is not subject to the in personam of the English court;

66. Además, si el único elemento que confiere competencia al tribunal inglés para dictar la orden con respecto a un procedimiento extranjero es la Sección 25 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, la propia disposición establece lo que se conoce como el test de (in)conveniencia (*inexpedient test*).⁹⁵ Este criterio es especialmente importante a la hora de valorar la adopción o no de la medida.⁹⁶ En este sentido, una de las sentencias de referencia es *Motorola Credit Corporation v Uzan* en donde se establecieron las siguientes cinco consideraciones: (i) si dictar la orden podría interferir en el desarrollo del procedimiento extranjero, (ii) si en la jurisdicción del tribunal extranjero que está conociendo el asunto rehúsan a dictar este tipo de órdenes, (iii) si las órdenes podrían suponer un conflicto o crear confusión en otras jurisdicciones tales como el lugar de residencia o el lugar donde se encuentran los activos, (iv) si la orden podría suponer un problema en términos de competencia, y (v) en caso de dictarse la orden, si esta sería efectiva.

67. Son medidas excepcionales -que no infrecuentes- en tanto que normalmente las medidas cautelares deberían ser dictadas por los tribunales en donde se encuentren localizados los activos o por los tribunales del domicilio del demandado u otras circunstancias que le otorguen competencia a un determinado tribunal sobre del demandado. Es decir, si el tribunal que está conociendo o va a conocer la reclamación principal puede dictar una medida equivalente, sería difícil justificar la intervención de los tribunales ingleses. En este sentido, será interesante ver qué posición adoptan los tribunales ingleses ante la entrada en vigor de la orden europea de retención de cuentas (OERC).

68. Normalmente el tribunal inglés no considerará conveniente dictar una orden extraterritorial cuando el demandado no tenga activos en Inglaterra y el tribunal no tenga jurisdicción *in personam* salvo que acredite, como se apuntaba anteriormente, algún elemento de conexión. Por otro lado, si el demandado tuviese activos en Inglaterra, con independencia de donde tenga su domicilio, lo apropiado será que el tribunal inglés dicte una orden doméstica que alcance los activos dentro de su jurisdicción.

V. Afectación de terceros

69. Lo habitual es que partes que operan a nivel internacional se sirvan de terceros para la gestión de sus activos (ej. bancos, *trusts*, etc.). Por tanto, no es infrecuente que para que se garantice una eventual resolución, los términos de la orden tengan efectos sobre los éstos, dando lugar a situaciones jurídicamente complejas. El ejemplo paradigmático son los bancos, aunque pueden darse muchos otros casos como por ejemplo las acciones de otra compañía que esté participada por la parte contra quien se dirige la orden.⁹⁷

70. Tomando como ejemplo un banco, la parte contra quien se dirige la orden puede estar vinculada con su cliente a través de un contrato de depósito irregular o contrato de corriente en virtud del cual el cliente puede disponer en cualquier momento del depósito a su favor. Supongamos que la cuenta corriente se encuentra en una sucursal de un banco inglés situada en Singapur. El banco en Singapur recibe una *freezing injunction* estableciendo la congelación temporal del dinero de su cliente -un residente chino-, por un aparente incumplimiento contractual de un servicio ejecutado en Holanda sujeto a Derecho inglés.

⁹⁵ Sección 25(2) CJA: 'On an application for any interim relief under subsection (1) the court may refuse to grant that relief if, in the opinion of the court, the fact that the court has no jurisdiction apart from this section in relation to the subject matter of the proceedings makes it *inexpedient* for the court to grant it.' [Énfasis añadido].

⁹⁶ *Credit Suisse Fides Trust v Cuoghi* [1997] 3 All ER 724. En Pearce, R., *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Oxford University Press, 5ª Edición, p.153: [en el caso citado] the Court of Appeal questioned whether it was necessary to demonstrate such exceptional circumstances, and suggested that the sole question was whether 'it would be inexpedient to make the order'.

⁹⁷ Ver por ejemplo el caso *Lakatamia Shipping Company Ltd v Nobu Su* [2014] EWCA Civ 636. El propio modelo de orden establecida en el Anexo de las *Practice Directions 25A*, establece que: 'Paragraph 5 [*prohibición de disposición*] applies to all the Respondent's assets whether or not they are in his own name and whether they are solely or jointly owned. For the purpose of this order the Respondent's assets include any asset which he has the power, directly or indirectly, to dispose of or deal with as if it were his own. The Respondent is to be regarded as having such power if a third party holds or controls the asset in accordance with his direct or indirect instructions.'

71. Al día siguiente de recibir la notificación de la *freezing injunction*, el banco recibe la orden de su cliente de retirar el dinero para hacer frente a los honorarios de un contrato de fletamento que había suscrito un mes antes. ¿Debe el banco bloquear los activos del cliente y exponerse a la posible responsabilidad por incumplimiento conforme a la legislación de Singapur? (previsiblemente la indemnización por el incumplimiento del contrato de depósito y una posible acción de repetición por parte de su cliente derivado del incumplimiento del contrato de fletamento) ¿Debe solicitar el banco en Singapur el exequátur de la orden inglesa para que el embargo se acomode tanto a Derecho inglés como a su Derecho nacional? En su caso, qué debe hacer mientras se resuelve. ¿Debe ajustarse a lo que establece la legislación singapurense y arriesgarse a la responsabilidad derivada de un posible delito de desobediencia por parte del tribunal inglés? ¿Puede el tribunal inglés tomar alguna medida coercitiva sobre la matriz inglesa con respecto a su sucursal en Singapur? Por cuestiones como las que dimanan del ejemplo anterior CAPPER sostiene que, la dificultad de ejecutar una *freezing injunction* con efectos sobre a terceros fue uno de los motivos por los que se consideraba que no debían dictarse este tipo órdenes con efecto extraterritorial.⁹⁸ Como se expondrá a continuación, los términos de la orden con respecto a sus posibles efectos extraterritoriales sobre terceros han sufrido una evolución jurisprudencial con el objetivo de intentar salvar estas cuestiones.

72. Anteriormente se ha hecho referencia a que en un principio los efectos de las *freezing* o *Mareva injunctions* se circunscribían únicamente a activos dentro de Inglaterra. Uno de los primeros casos relevantes en donde se planteó la cuestión de la extraterritorialidad fue en *Babanaft International Co SA v Bassatne*. En este caso, los demandados -que residían fuera de Inglaterra- no habían satisfecho una sentencia condenatoria. Los demandantes solicitaron -y se les concedió- una orden que impedía a los demandantes disponer de sus activos en cualquier lugar del mundo. El tribunal determinó que efectivamente tenían competencia sobre los activos de los demandados fuera de Inglaterra si bien incluyó una serie de salvedades. La Corte de Apelación era consciente de las implicaciones que una orden de este tipo podía tener tanto en un tercer Estado como a terceras partes. Por ello, además de enfatizar que opera *in personam*,⁹⁹ reconoció la importancia de que la orden extraterritorial no debía ser entendida como una asunción indebida de la competencia de los tribunales extranjeros. En palabras del juez NICHOLLS:

It would be wrong for an English court by making an order in respect of overseas assets against a defendant amenable to its jurisdiction, to impose or attempt to impose obligations on persons not before the court in respect of acts to be done by them abroad regarding property outside the jurisdiction. That self-evidently, would be for the English court to claim an altogether exorbitant, extra-territorial jurisdiction.

73. Este posicionamiento dio lugar a la conocida como *Babanaft proviso*, en virtud de la cual las órdenes no podrán afectar a terceras partes fuera de la jurisdicción del tribunal inglés hasta que no fuesen reconocidas (y en su caso ejecutadas) por los tribunales del tercer país¹⁰⁰ (pero sí obliga de forma directa a la persona contra quien se dirige la orden). Esta directriz pasó a integrarse en el modelo de orden de embargo extraterritorial.¹⁰¹ El matiz evidentemente mermaba la efectividad de la orden en tanto que la ejecución contra un tercero dependería del tribunal extranjero y no del inglés.¹⁰²

⁹⁸ D.CAPPER., 'Worldwide Mareva Injunctions', *The Modern Law Review*, Vol. 54, N°3, p.334 *in fine* (1991).

⁹⁹ El Juez NICHOLLS en *Babanaft International Co SA v Bassatne* [1990] Ch 13: 'The enforcement of the judgment in other countries, by attachment or like process, in respect of assets which are situated there is not affected by the order. The order does not attach those assets. It does not create, or purport to create, a charge on those assets, nor does it give the plaintiff any proprietary interest in them. The English court is not attempting in any way to interfere with or control the enforcement process in respect of those assets.' Visto en *Société Eram Shipping Company Limited and others v. Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited*. [2003] UKHL 30.

¹⁰⁰ El Juez KEER en *Babanaft International Co SA v Bassatne* [1990] Ch 13: "there can be no question of such orders operating directly upon the foreign assets by way of attachment, or upon third parties, such as banks, holding the assets. The effectiveness of such orders for these purposes can only derive from their recognition and enforcement by the local courts, as should be made clear in the terms of the orders to avoid any misunderstanding suggesting an unwarranted assumption of extra-territorial jurisdiction". [Énfasis añadido]

¹⁰¹ Sección 19 del Anexo de las *Practice Direction* 25A.

¹⁰² *Bank of China v NBM LLC and others* [2001] EWCA 1933. para 9. *infra*.

74. Esta crítica fue recogida en un caso posterior (*Derby & Co Ltd v Weldon*),¹⁰³ al sostener que a un tercero (ej. un banco) que quisiera cumplir con la orden inglesa, *de facto* se le imponía la obligación de iniciar un proceso de reconocimiento y ejecución. Por ello se incluyó en los términos de la orden la conocida como *Derby and Weldon proviso* en virtud de la cual se estableció el requerimiento de que la parte que, estando sometida a la jurisdicción del tribunal inglés tuviese conocimiento de la orden, debía impedir ‘en la medida de lo posible’ que se infringieran las disposiciones de la orden en el extranjero (ej. sucursales). Esta disposición también recibió críticas posteriores por lo ambiguo de ‘en la medida de lo posible’ (*were able to do so*).¹⁰⁴ Además en esta serie de casos se confirmaba explícitamente la competencia para dictar órdenes extraterritoriales al afirmar ‘*the time has come to state unequivocally that in appropriate case the court has power to grant an interlocutory injunction even on a world-wide basis against any person who is properly before the court (...)*’¹⁰⁵

75. Otro de los casos que perfiló el alcance extraterritorial y la afectación de terceros de las órdenes fue *Baltic Shipping v Translink*¹⁰⁶ en donde se enunció la conocida como *Baltic proviso* en virtud de la cual se establece que nada en la orden deberá ser un obstáculo para que un tercero cumpla con lo que razonablemente crea ser sus obligaciones, contractuales o de otro tipo, bajo la legislación y obligaciones del país o Estado en el cual dichos bienes estén ubicados o bajo la ley aplicable a cualquier contrato entre este y el demandado. En algunas ocasiones se ha criticado esta disposición al considerar que otorgaba un margen de discrecionalidad muy amplio al establecer que es el tercero quien puede determinar qué supone ‘cumplir razonablemente con sus obligaciones’. En cualquier caso, tras la sentencia del caso *Bank of China v NBM LLC and others*¹⁰⁷, también pasó a integrarse en el modelo de orden. El modelo de orden también incluye una previsión en virtud de la cual la orden inglesa no debe impedir a un tercero el cumplimiento de cualesquiera órdenes de los Tribunales de dicho país o Estado, siempre que se dé aviso razonable a la representación letrada de la parte solicitante.¹⁰⁸

76. En cuanto a la posible afectación de terceros, esta evolución jurisprudencial y las sucesivas modificaciones legales, configuró el modelo de orden en los siguientes términos: Las disposiciones del presente auto producirán sus efectos en los países o Estados situados fuera del ámbito territorial de este tribunal con respecto a las siguientes personas: (a) los demandados o agentes con poderes; (b) toda persona respecto de la cual resulte competente el tribunal, y a quien se haya notificado por escrito el presente auto en su residencia o en su lugar de trabajo situado en el ámbito territorial de competencia del tribunal, que pueda impedir acciones u omisiones fuera del ámbito territorial de competencia del tribunal que provoquen o faciliten una infracción de las disposiciones del presente auto (por ejemplo cuando se notifica a la matriz o sucursal en Inglaterra con respecto a las posibles acciones u omisiones de la sucursal o matriz en un tercer Estado); y (c) cualquier otra persona exclusivamente en la medida en que un órgano jurisdiccional de dicho país o Estado haya otorgado la ejecución del presente auto o la haya ejecutado.¹⁰⁹

¹⁰³ *Derby & Co v Weldon* [1990] Ch 48: En este caso, uno de los demandados alegó que un requisito previo para poder dictar una orden de embargo era que los demandados tuvieran activos dentro de la jurisdicción del tribunal en tanto que, de lo contrario, el tribunal carecía de competencia para dictar la orden.

¹⁰⁴ *Bank of China v NBM LLC and others* [2001] EWCA 1933. para 19.

¹⁰⁵ *Derby & Co v Weldon* [1990] Ch 65.

¹⁰⁶ *Baltic Shipping v Translink* [1995] 1 Lloyd’s Rep 673.

¹⁰⁷ *Bank of China v NBM LLC and others* [2001] EWCA 1933.

¹⁰⁸ Cláusula 20 del Anexo de las *Practice Direction 25A*: ‘Nothing in this order shall, in respect of assets located outside England and Wales, prevent any third party from complying with – (1) what it reasonably believes to be its obligations, contractual or otherwise, under the laws and obligations of the country or state in which those assets are situated or under the proper law of any contract between itself and the Respondent; and (2) any orders of the courts of that country or state, provided that reasonable notice of any application for such an order is given to the Applicant’s solicitors.’

¹⁰⁹ Traducción propia de la sección 19(2) del Anexo de las *Practice Direction 25A*

1. Posición del Tribunal Europeo con respecto a la afectación de terceros

77. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos de las *freezing injunction extraterritoriales* con respecto a la afectación de los derechos patrimoniales de un tercero y la posible contravención del orden público del Estado requerido. En la sentencia *Rūdolfs Meroni v Reoleto Limited*,¹¹⁰ el tribunal debía decidir sobre el reconocimiento y ejecución en Letonia de una *freezing injunction* dictada por la Corte de Apelación inglesa. Los hechos se resumen en que el tribunal británico dictó una orden contra una persona física en donde se le prohibía ‘disponer de las acciones que les pertenecieran, directa o indirectamente, en AS Ventbunkers, sociedad domiciliada en Letonia, operar con ellas o reducir su valor, así como disponer de cualquier producto o ingreso procedente de la venta de tales acciones o de cualquier otra sociedad o entidad mediante las que las partes demandadas tengan acceso a las acciones de Ventbunkers.’ El 29% de dicha sociedad pertenecía Yelverton Investments BV cuyo beneficiario real era una de las personas físicas afectadas por la orden.

78. En el proceso de reconocimiento y ejecución en Letonia, el director de Yelverton (también abogado y gestor de la persona física contra quien se dirigía la orden) se opuso alegando que la medida no debía ser reconocida en tanto que suponía la afectación del derecho patrimonial de un tercero que no había sido parte en el procedimiento en el que se dictó dicha orden. El Tribunal Supremo Letón elevó la cuestión al TJUE para ‘dilucidar si el Derecho de la Unión permite que en un procedimiento relativo a la adopción de medidas cautelares se limiten los derechos patrimoniales de una persona que no ha sido parte en el procedimiento, aun cuando se prevea que cualquier persona afectada por una resolución sobre medidas cautelares tendrá derecho en todo momento a solicitar al órgano jurisdiccional de que se trate la modificación o anulación de la resolución judicial, y que se encomiende a los demandantes la notificación de la resolución a las personas interesadas, toda vez que al tribunal del Estado miembro requerido le resulta prácticamente imposible verificar los hechos relativos a dicha notificación.’¹¹¹

79. El TJUE finalmente resolvió que ‘no cabe considerar manifiestamente contrarios al orden público del Estado miembro requerido ni al derecho a un proceso equitativo, en el sentido de tales disposiciones el reconocimiento y la ejecución de un auto dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin oír a un tercero cuyos derechos son susceptibles de verse afectados por el referido auto, siempre que dicho tercero pueda invocar sus derechos ante ese órgano jurisdiccional.’ Como efectivamente está previsto en el ordenamiento inglés.¹¹²

VI. Conclusiones

80. La interacción de múltiples jurisdicciones con respecto a un determinado negocio jurídico sumado al hecho de que los activos sometidos a la jurisdicción de un determinado tribunal pueden dejar de estarlo en cuestión de minutos, dificulta en muchos aspectos el aseguramiento de la eficacia plena de las resoluciones. El ordenamiento inglés, consciente de la complejidad del tráfico jurídico internacional y de la cada vez mayor ‘globalización de activos’, establece una propuesta de máximos como son las medidas de embargo preventivo con efectos extraterritoriales. Este tipo de medidas se erigen como una herramienta que en determinadas ocasiones puede resultar útil para obstaculizar -y en su caso frustrar-, la renuencia del demandado a través de las distintas modalidades de distracción de activos.

81. La eficacia de la orden viene determinada en gran medida por los vínculos que la parte contra quien se dirige la orden y/o el tercero responsable de sus activos tenga con Reino Unido, sin olvidar que Londres es uno de los centros financieros mundiales. En este sentido, es probable que una

¹¹⁰ STJUE (Sala Primera), asunto C559/14 (ECLI:EU:C:2016:349)

¹¹¹ *Ibid.* para 32. *in fine.*

¹¹² Ver párr. 38

parte que opere a nivel internacional -o un tercero que gestione sus activos- tenga algún tipo de interés en Inglaterra (ej. una cuenta corriente en un banco inglés o en un banco con una sucursal o cuya matriz de encuentre en Inglaterra). Una multa, sanción, embargo o la posibilidad de ser declarado culpable de desobediencia por un tribunal inglés no es una cuestión baladí y puede tener importantes consecuencias en la esfera comercial o empresarial de la parte renuente.

82. Es evidente que la efectividad del embargo preventivo por parte de un órgano jurisdiccional diferente a donde se encuentran los activos es sustancialmente menor al de un embargo preventivo doméstico. Si para la efectividad de las *freezing injunctions* se exige exequátur, en poco se distingue de cualquier otra medida cautelar doméstica cuyos efectos se quieran hacer valer en el extranjero. Sin embargo, con respecto a la efectividad de las *freezing injunctions*, debemos tener en cuenta no sólo la posibilidad de ejecución en un tercer Estado en tanto que el elemento diferencial –más allá de la virtualidad ejecutiva en el extranjero-, es su capacidad de persuasión. La práctica demuestra que, aunque la orden no vincule jurídicamente a terceros fuera de la competencia territorial del tribunal, es habitual que observen sus términos *motu proprio* una vez notificada. Por ello, con independencia de la necesidad o no de reconocimiento en un tercer Estado, es innegable su efecto disuasorio. Dado la relevancia del foro, tan importante es su *potestas* como su *auctoritas* lo cual supone un incentivo para que la parte o sus terceros hagan todo lo posible para cumplir con los términos de la orden.

83. Además de las posibles consecuencias en el procedimiento inglés, las *freezing injunctions* extraterritoriales pueden imponer el deber de relevar la localización de los activos a nivel mundial, lo cual ofrece información muy valiosa a la parte que solicita la medida. Con la información podrá diseñar la estrategia procesal más oportuna, valorar en qué jurisdicciones están los activos de mayor valor, los más líquidos, comparar los procedimientos de ejecución en las distintas jurisdicciones donde se localicen dichos activos y en última instancia, decidir si inicia procedimientos de ejecución ‘locales’.¹¹³

84. Similar al ‘estigma del concursado’, tal y como se ha expuesto en la introducción, el mero hecho de que una compañía reciba este tipo de orden presupone un incumplimiento contractual y que tribunal considere que existe el riesgo de que la compañía vaya a distraer activos. Todo ello con el consiguiente impacto que puede tener en operaciones que la compañía tenga en curso, clientes, proveedores, financiadores, accionistas, efectos en su cotización, etc. sin mencionar las implicaciones que la propia prohibición de disposición puede tener en su desarrollo empresarial. Conscientes de ello, exigen una serie de salvaguardas exhaustivas como se ha expuesto a lo largo de este estudio.

85. Imperialismo’ jurídico o no, y con independencia de que se comparta la caracterización como orden *in personam* dirigida sólo contra la parte y no como una asunción indebida de las competencias de órganos jurisdiccionales de terceros Estados, lo cierto es que como afirman los tribunales ingleses, ‘*it is the policy of English law that English judgments should be paid*’. Lo anterior puede resultar una obviedad y como es lógico, es a lo que aspira la acción judicial de cualquier ordenamiento jurídico que merezca la consideración de serio. Sin embargo, la posibilidad de solicitar medidas de embargo preventivo con efectos -o con pretensión de efectos- extraterritoriales, dota al ordenamiento inglés de mejores herramientas al litigante internacional a la vez que manda un mensaje claro a aquellas partes que subrepticamente quieren frustrar los términos de sus resoluciones. En definitiva, si la contraparte que ha incumplido un contrato está situada en una jurisdicción lejana y sus activos se encuentran localizados en distintas partes del mundo, esta es una medida que todos quisieran tener en su arsenal procesal.

¹¹³ McLACHLAN, C., ‘International Law Forum du droit international’, Vol. 7, N°1 (2005), pp. 5 – 15.

VARIA

MEDIDAS CAUTELARES Y CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO. EN TORNO AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 5 DE JULIO DE 2018

PRECAUTIONARY MEASURES AND EUROPEAN CERTIFICATE OF SUCCESSION. AROUND THE ORDER OF THE PROVINCIAL COURT OF BARCELONA OF JULY 5, 2018

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0000-0002-5639-2301*

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 23.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4635>

Resumen: El Auto de la Audiencia de Barcelona de 5 de julio de 2018 es la primera resolución sobre el Reglamento europeo de sucesiones que se dicta en España. Este Auto pone el acento en cómo el certificado sucesorio europeo es un instrumento probatorio de gran valor en las sucesiones *mortis causa* internacionales y cómo esa fuerza probatoria puede afectar también a la hora de conceder medidas cautelares.

Palabras clave: medidas cautelares, certificado sucesorio europeo, suspensión, anulación.

Abstract: The Auto of the Audiencia Provincial de Barcelona of July 5, 2018 is the first resolution on the European succession Regulation that is issued in Spain. This Auto emphasizes how the European certificate of succession is a valuable instrument of evidence in international *mortis causa* successions and how it can also affect the granting of precautionary measures.

Keywords: precautionary measures, European certificate of succession, suspension, withdrawal.

Sumario: I. Introducción. II. Breve aproximación a la figura del certificado sucesorio europeo. III. Hechos del caso. IV. Recorrido judicial del asunto. V. Medidas cautelares en el curso de un procedimiento internacional sucesorio. 1. Aproximación inicial. 2. ¿Qué se considera medida cautelar o provisional a efectos del art. 19 RES?. 3. ¿A qué tribunal acudir a solicitar medidas cautelares?. VI. El valor probatorio del CSE. VII. La suspensión de los efectos. VIII. Rectificación, modificación o anulación del certificado sucesorio europeo. IX. Los recursos ante el CSE. X. Consideraciones finales

I. Introducción

1. El auto de la Audiencia de Barcelona de 5 de julio de 2018 es la primera resolución judicial¹ que se dicta en España sobre el *Reglamento (UE) 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*

¹ AAP 5 de julio 2018, nº 175/2018, ECLI:ES:APB:2018:4133^a. Para un comentario a este Auto pero desde una visión diferente a la que aquí vamos a abordar *vid.* A. FONT I SEGURA, “Competencia para expedir el Certificado Sucesorio Europeo en el Auto de la AP de Barcelona de 5 de julio de 2018”, *REEL*, 36, 2018, pp. 24-30.

y a la creación de un certificado sucesorio europeo² (en adelante, RES). Este Auto nos permite dividir el trabajo en dos partes.

En la primera se va a tratar la figura de las medidas cautelares en el RES. En particular se estudiará el art. 19 RES y se pondrá el acento en dos tipos de cuestiones. Por un lado, en el régimen de las medidas cautelares en el Reglamento europeo de sucesiones. Por el otro, en atención a ese régimen a qué tribunal podría ser más conveniente acudir para solicitar medidas cautelares en el curso de un litigio sucesorio.

En la segunda parte, se abordarán aspectos relativos al CSE que surgen en el Auto que comentamos. Estos serían tales como su valor probatorio o cómo se pueden suspender sus efectos, quién puede solicitar esa suspensión o en base a qué causas existan se puede solicitar la misma.

II. Breve aproximación a la figura del Certificado Sucesorio Europeo

2. El RES no define qué debe entenderse por CSE en los artículos que le dedica en su capítulo VI. Este Reglamento europeo tampoco señala nada concreto sobre su naturaleza. Esta falta de definición fue deliberada a pesar de la oposición de países como Francia o España³. La incorporación de una definición en el art. 3 RES sobre el CSE hubiera sido interesante desde un punto de vista práctico, ya que podría haber zanjado ciertos debates sobre su naturaleza jurídica. Aun así, tras analizar lo dispuesto en el RES se puede señalar 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 transfronteriza⁴. El CSE no es un instrumento que atribuye la cualidad de heredero o un requisito para la adquisición de una herencia. Unas notas características permitirán conocer mejor este instrumento:

- a) *El CSE no es obligatorio.* El considerando 69 RSE así lo señala. El CSE no sustituye a las figuras con funciones similares de los ordenamientos de los Estados miembros. De la misma forma, cualquiera puede optar libremente por otros cauces para probar la condición de heredero, legatario, administrador de una herencia o ejecutor testamentario, tales como el documento público o la resolución judicial. No obstante, una vez que un interesado en solicitar un CSE se ha decantado por este instrumento no pueden ser instados a que utilicen otros cauces para probar los aspectos de la sucesión que pretenden hacer con el CSE⁵. Una vez que el solicitante ha considerado oportuno utilizar el certificado, ninguna autoridad o persona debe exigir un medio de prueba diferente.
- b) *El CSE tiene un uso concreto.* El art. 62.1 RSE perfila el uso del CSE señalando que “se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro”. Así, aunque su utilización se debe realizar en un país diferente de su expedición, sus efectos se despliegan tanto en el país de expedición como en el de utilización⁶. Esos efectos que despliega son obligacionales, pero

² DOUE núm. 201 de 27 de julio de 2012.

³ A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones “Mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 604.

⁴ 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.

⁵ *Vid.* I. A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 59.

⁶ 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, París, 2013, p. 174.

no reales⁷. Esto es así porque el RES no modifica los sistemas registrales de los Estados miembros. Es un medio de prueba que sirve como vehículo para probar alguno de los fines que se recogen en el art. 63 RES durante un tiempo determinado. Al interesado que puede instar la solicitud del CSE se le entrega una copia, no se le da el original y esa copia tiene un período de validez de 6 meses.

- c) *El CSE no es una resolución judicial, transacción judicial o documento público.* Se trata de un instrumento desconocido hasta la fecha que permite agilizar las sucesiones transfronterizas (considerando 67). Es un documento legal que es difícil de asimilar a figuras ya existentes en el ordenamiento jurídico español. Así se puede decir que su valor a efectos de calificación registral es mayor que el que puede tener un testamento o una declaración de herederos *absintestato* pero menor que la de una escritura de partición⁸. Como ha señalado la doctrina se trata de un documento oficial, un documento legal europeo con el que se puede acreditar la condición de heredero, legatario, administrador de una herencia o ejecutor testamentario⁹.

El CSE no acredita la propiedad de los bienes heredados, ya que no es un título de propiedad. El RES no presenta efectos en la propiedad sino en la transmisión *mortis causa*¹⁰.

Por lo tanto, al no considerarse ni una resolución judicial, ni un documento público ni una transacción judicial no puede beneficiarse de un reconocimiento o de una ejecución. Pero tampoco lo necesita. 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) *El CSE es formalista.* El CSE debería presentarse y expedirse en atención a los formularios previstos en el *Reglamento de ejecución (UE) n.º 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.º 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)¹¹. El citado Reglamento de ejecución recoge en su anexo IV el formulario que los interesados en solicitar un CSE deben cumplimentar y presentar a la autoridad competente para su emisión. No obstante, como ha señalado el TJUE en una reciente sentencia de 17 de enero de 2019, la presentación del modelo IV debe entenderse de forma facultativa¹². El interesado puede usar ese modelo o no, es a su elección. No sucede lo mismo con la expedición del CSE, la autoridad que lo expide deber utilizar de forma obligatoria el modelo V del R.1329/2014.

III. Hechos del caso

3. Los hechos de este asunto se caracterizan por contar con numerosos elementos extranjeros. Entre los más relevantes se podrían destacar los siguientes: un señor de nacionalidad rusa fallece en abril de 2017 sin testamento. El lugar donde fallece no se señala, tampoco donde tenía su residencia habitual al momento del fallecimiento. El causante contaba con bienes inmuebles y muebles repartidos por varios países europeos (España, Letonia, Andorra y Montenegro) y también en Rusia. Además, aunque no consta que estuviera casado al momento de fallecer, sí que dejaba a cuatro hijos menores habidos de cuatro mujeres diferentes.

⁷ A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis...*, p. 101.

⁸ 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. 310.

⁹ J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, Vol. 6, n.º 1, 2014, p. 39.

¹⁰ A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis...*, p. 671.

¹¹ DOUE L 359/30, de 16 de diciembre de 2014.

¹² STJUE de 17 de enero, C-102/18, *Brisch*, ECLI:EU:C:2019:34, apartado 28.

4. El problema de esta sucesión internacional parece ser que radica en que los herederos difieren en atención al Derecho aplicable a la sucesión. Así, si la Ley aplicable a la sucesión es el Derecho ruso parece ser (ya que no queda debidamente acreditado por la demandante) que los herederos serían los padres y los cuatro hijos del finado. Sin embargo, si la Ley aplicable resultara ser el Derecho letón sólo heredarían los cuatro hijos. Ello hace que en relación a esta sucesión se soliciten dos certificados sucesorios: uno en Rusia y otro en Letonia. El certificado sucesorio ruso prevemos que se solicita a instancia de los progenitores del causante. Sin embargo, no llega a expedirse debido a que dos de las madres de los hijos de causante obtienen la suspensión de su emisión¹³. El certificado sucesorio letón es europeo, se expide en atención al RES y es solicitado a instancia de las madres de los hijos del causante.

5. Esta situación muestra uno de los efectos de las relaciones privadas internacionales: la relatividad de soluciones. Ello hace que la madre del causante se apresure a solicitar medidas cautelares a los tribunales españoles con el fin de evitar que el CSE expedido en Letonia pueda desplegar efectos en España.

IV. Recorrido judicial del asunto

6. La madre del causante inicia un procedimiento ante un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona solicitando medidas cautelares. El objetivo es que el CSE no pueda tenerse como título válido para enajenar el patrimonio del causante en España. Estas medidas que se solicitan ante tribunales españoles se piden hasta que sea resuelto el litigio sucesorio abierto en Rusia y el procedimiento de anulación que recae sobre el CSE en Letonia.

7. En la primera instancia el juez no estima las pretensiones de la solicitante de medidas cautelares y rechaza su petición. A juicio del juzgador de instancia, la peticionaria no ha podido acreditar uno de los requisitos necesarios que la legislación española exige para que se puedan conceder medidas cautelares: la apariencia del buen derecho o *fumus bonis iuris*. Sobre este aspecto, aunque lo analizaremos más tarde, resulta muy interesante lo que señala el juez y es que el CSE como instrumento que permite acreditar la condición de heredero da justamente la apariencia de buen derecho a favor de las personas ahí señaladas, es decir, los hijos. Y justamente la madre del causante, solicitante de medidas cautelares en España, no aparece en el CSE como heredera ni beneficiaria.

8. La demandante recurre la resolución. La Audiencia Provincial de Barcelona le recuerda en el Auto objeto de comentario que si quiere anular el CSE debe acudir a la autoridad competente que el propio RES otorga competencia al efecto. Es decir, la autoridad expedidora del certificado (art. 71 CSE), no pudiendo ninguna autoridad española ostentar tal competencia. Sin embargo, este razonamiento no debe de sorprender a la recurrente debido a que admite en el propio recurso que el hecho de que el tribunal español no pueda juzgar la validez del CSE no implica que no pueda dictar una resolución admitiendo las medidas cautelares. El razonamiento jurídico es el daño que se podría producir en el patrimonio del causante si no se dictan las medidas cautelares hasta que se resuelvan los litigios pendientes en el extranjero sobre la sucesión. Sin embargo, la Audiencia Provincial no lo entiende así, no considera que las medidas cautelares que se solicitan sean preceptivas ya que el CSE está suspendido por la autoridad letona como alega la demandante con un escrito del 13 de marzo 2018. Por lo tanto, la mera suspensión de los efectos del CSE hace que ese peligro de enajenación respecto del patrimonio español desaparezca¹⁴.

¹³ AAP de 5 de julio de 2018, nº 175/2018, ECLI:ES:APB:2018:4133A, FD 1º.

¹⁴ AAP Barcelona 5 de julio 2018, ECLI:ES:APB:2018:4133ª, FD 2.

V. Medidas cautelares en el curso de un procedimiento internacional sucesorio

1. Aproximación inicial

9. En el Auto objeto de comentario se puede apreciar como la solicitud de la madre del causante son unas medidas cautelares ante el juez español. En particular, las medidas que solicita son las siguientes:

- 1) Se oficie al Registro de la Propiedad ordenando la anotación con la prohibición de cambiar la titularidad, prohibición de entrega a título sucesorio, prohibición de que se inscriba la transmisión *mortis causa*, del causante en España, prohibición de transmitir, prohibición de disponer y enajenar las fincas de las que era propietario el causante en España, a fin de que no se produzca la disposición de los mismos en base al título sucesorio de Letonia;
- 2) Se oficie a las entidades bancarias en las que el causante disponía de cuentas corrientes y productos, ordenando el bloqueo de las posiciones bancarias del finado;
- 3) Se oficie el tráfico ordenando la anotación con idénticas prohibiciones respecto de un BMW con número de bastidor NUM000.

10. El fin de las variadas medidas que solicita la madre del causante es solo uno: proteger el patrimonio del finado de posibles enajenaciones hasta que se resuelvan los litigios pendientes que existen en Rusia y también en Lituania sobre la herencia del nacional ruso.

11. El RES en dos artículos diferentes hace alusión a las medidas cautelares o provisionales. Uno es el art. 19, recogido en el Capítulo II donde se realizan las disposiciones relativas a competencia judicial internacional. El otro es el art. 54, recogido en el Capítulo IV, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones. A efectos de este comentario consideramos interesante tratar únicamente el art. 19 RES.

12. Del art. 19 RES se puede apreciar que en virtud del Reglamento sucesorio, los tribunales que podrían ostentar competencia judicial internacional para fijar medidas cautelares o provisionales serían bien 1) los tribunales que conocen sobre el fondo del asunto en virtud de los foros 4 a 11 RES o bien 2) los tribunales que no conociendo del fondo, su ley nacional permita la adopción de medidas cautelares o provisionales. A nuestro juicio dicho tribunal será generalmente el tribunal donde tales medidas puedan desplegar efectos.

El demandante de medidas cautelares es libre para acudir a un tribunal u otro. Esta posibilidad de recurrir a los tribunales de lugar donde se encuentran los bienes que se desean embargar o trabar fue ideada por el legislador europeo debido a que estos tribunales son los mejores situados para que la medida sea efectiva¹⁵. Es una opción para garantizar la rapidez y el efecto sorpresa tan necesario para la efectividad de las medidas cautelares. La doctrina internacional privatista ha entendido que el foro del art. 19 es un foro de remisión¹⁶. Por lo tanto, es necesario acudir a las normas nacionales de cada Estado miembro para determinar la competencia del tribunal. En concreto, para el caso de España hay que someterse a lo dispuesto en el art. 22 *sexies* LOPJ.

13. El sistema que recoge el RES sobre medidas cautelares reproduce el creado por el legislador europeo en el art. 31 del *Reglamento CE 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Bruselas I)¹⁷. De este modo, lo dispuesto por el TJUE en estos años en relación a medidas cautelares en atención a los arts. 31 y 24 del Convenio de Bruselas de 1968¹⁸

¹⁵ STJUE 21 de mayo 1980, as. 125/79, *Denilauer*, ECLI:EU:C:1980:130, apartado 16.

¹⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, 18 ed, Comares, 2018, p. 611.

¹⁷ DOCE Nº 12, 16 enero 2001. Sobre este particular *vid.* P.FARINA, "Provisional, Including Protective, Measures", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 281.

¹⁸ P.FARINA, "Provisional, Including Protective, ...", p. 281.

también podría ser aplicable al RES. Sin embargo, hay doctrina que entiende que los cambios que se introducen en el art. 35 de la versión refundida de los anteriores reglamentos, es decir del *Reglamento UE N°1259/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento Bruselas I bis) no debería ser directamente aplicable al art. 19 debido a que el RES fue adoptado con anterioridad al Reglamento Bruselas I bis¹⁹.

2. ¿Qué se considera medida cautelar o provisional a efectos del art. 19 RES?

14. En atención al art. 19 RES, por medida cautelar o provisional debe entenderse toda aquella dirigida a preservar situaciones de hecho o de derecho²⁰. Deben ser medidas que persiguen anticiparse o asegurar la decisión que va a recaer sobre el fondo del asunto. En ningún caso medidas que provoquen un efecto irreversible en el caudal hereditario. Ni tampoco medidas provisionales o cautelares cuyo verdadero fin es eludir los foros de competencia del RES²¹.

En definitiva, este concepto de medida cautelar o provisional a efectos del art. 19 RES debe entenderse de forma autónoma, no tiene por qué coincidir con lo que cada Estado miembro entiende por medida cautelar o provisional. No obstante, un aspecto que no se debe olvidar es que aunque el concepto sea autónomo, el legislador europeo en el RES no señala un elenco de medidas que se pueden dictar en el curso de un procedimiento sucesorio. Por lo tanto, es el Derecho procesal interno bien del Estado que conoce sobre el fondo o del Estado donde éstas puedan ser efectivas el que va a determinar el tipo de medida concreta que se puede adoptar y todos los requisitos que se deben cumplir para su adopción (*ad ex*. la necesidad de prestar caución por parte del solicitante de la medida). En el caso del Derecho procesal español, es necesario atender al art. 727 LEC.

15. Otro aspecto importante es no perder de vista el ámbito de aplicación material del RES. Así, aunque sea el Derecho interno el que determine la medida concreta a adoptar, en materia sucesorio, en virtud del art. 19 RES no se pueden dictar medidas relativas a nombrar el administrador o el executor testamentario de una sucesión, estas medidas deben dictarse por un juez competente en atención a los foros contenidos en los arts. 4 a 11 RES²²

3. ¿A qué tribunal acudir a solicitar medidas cautelares?

16. Como ya se ha señalado, los tribunales a los que se les puede solicitar medidas cautelares o provisionales en un litigio relativo a una sucesión *mortis causa* pueden ser los que conocen del fondo del asunto, pero también aquellos que pertenecen a otro Estado miembro y cuya Ley nacional permita la adopción de la medida. Con el fin de ahorrar costes en litigación en caso de que sea necesario solicitar medidas previas a la resolución del fondo del asunto es importante plantearse dónde solicitar tales medidas. Este planteamiento especialmente será necesario cuando el patrimonio hereditario se encuentra repartido en diferentes Estados y uno de los herederos quiere proteger los bienes de enajenaciones hasta que se dicte sentencia. Para tomar la decisión más acertada es necesario tener en cuenta que una medida cautelar o provisional dictada conforme al art. 19 RES puede circular entre Estados partes del RES. Pero para que ese reconocimiento de la medida cautelar sea posible en un Estado parte diferente al que se ha dictado es necesario tener en cuenta los criterios del art. 40 RES²³.

¹⁹ DOUE L 351/2012, 20 diciembre 2012. P.FARINA, “Provisional, Including Protective...”, p. 281.

²⁰ Así, lo sostuvo el TJUE en relación al art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, STJUE 26 de marzo 1992, C-261/90, *Reichert*, ECLI:EU:C:1992:149, apartado 34.

²¹ Sobre este particular en relación al Convenio de Bruselas de 1968, *vid.* STJUE 17 de noviembre 1944, C-391/95, *Van Uden*, apartado 44. Un excelente comentario sobre esta sentencia puede verse en M. REQUEJO ISIDRO, “Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la STJCE-Pleno de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, *Van Uden/Deco Line*”, *Revista de la corte española de arbitraje*, 1998, pp. 85-97.

²² A.BONOMI/P. WAUTELET “Article 19. Mesures provisoires et conservatoires”, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 274.

²³ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El...” p. 610.

Por lo tanto, el reconocimiento o la ejecución de la medida no es automático. Esto es importante porque permite plantearse la estrategia procesal a seguir. Hay que tener presente que si se quiere que la medida cautelar despliegue efectos en un Estado distinto a donde se dicta se debe notificar al demandado. Esta notificación hace que el efecto sorpresa desaparezca. La persona contra la que va la medida va a tener conocimiento de ello. La consecuencia es que tal conocimiento puede dar lugar a que la medida no sirva realmente para mucho. Especialmente esto puede suceder cuando la medida va destinada a afectar bienes muebles tales como dinero en cuentas bancarias, joyas, obras de arte... porque se podrían trasladar de un país a otro con el fin de ocultar patrimonio.

17. De este modo, desde nuestro punto de vista, es necesario plantearse *ex ante* para qué se quiere la medida y dónde puede surtir efectos. Así, si la medida cautelar va destinada a bienes que no se encuentran en el territorio del tribunal donde se está sustanciando la sucesión quizás resulte más interesante acudir directamente al tribunal del Estado donde puede ser efectiva la medida en virtud del art. 19 RES. Este escenario plantea ventajas e inconvenientes.

La desventaja son los costes que puede implicar para las partes, ya que debe iniciar un litigio en un Estado diferente del que está conociendo de la sucesión. Esto es lo que sucede en el asunto objeto de comentario. La madre del demandante acude al tribunal español a solicitar medidas cautelares porque es España el lugar donde se encuentra el patrimonio del causante que quiere proteger de enajenaciones hasta que recaiga una sentencia sobre el fondo del asunto.

Las ventajas serían la rapidez y el efecto sorpresa. Acudir al tribunal del lugar donde se encuentran los bienes permite mantener el efecto sorpresa en la persona contra la que se insta la medida.

18. La posibilidad de dirigirse a un único tribunal, al del fondo del asunto, a que sustancie todos los aspectos relativos a la sucesión sería lo ideal. De hecho, se podrían solicitar medidas cautelares sobre bienes que se encuentran en otro Estado miembro al tribunal que conoce sobre el fondo del asunto y luego posteriormente instar su *exequatur* en el país donde se encuentran los bienes. Sin embargo, esta opción como ya se ha señalado, hay que sopesarla debido a que en atención al RES la medida cautelar no va a poder circular si no se notifica al demandado. Este escenario implica que el efecto sorpresa se pierda. No obstante, la opción que más interese va a depender en todo caso de la sucesión *mortis causa* en la que nos encontremos.

VI. El valor probatorio del CSE

19. El Auto que comentamos recoge una afirmación muy interesante a efectos de determinar el valor probatorio del CSE. De hecho, se recoge en la 1ª instancia y no se contradice por la Audiencia Provincial de Barcelona manifestando que “*la existencia del certificado sucesorio europeo comporta una presunción o apariencia de buen derecho a favor de las personas que se hacen constar como herederos*”²⁴. Esta apariencia de buen derecho a favor de los herederos que constan en el CSE es un reflejo de lo que se señala en el considerando 71 RES. Esa fuerza probatoria que ostenta lo recogido en el CSE impediría dictar medidas cautelares que afectasen a ese patrimonio hereditario.

En otras palabras, lo que se recoge en el CSE goza de presunción de veracidad. Compartimos con cierta doctrina que esta presunción es *iuris tantum*, por lo tanto, podría desmontarse probando lo contrario²⁵. 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 legales²⁶.

²⁴ AAP 5 de julio 2018, nº 175/2018, ECLI:ES:APB:2018:4133A, FD 2º.

²⁵ 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. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 779.

²⁶ C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 69. Effects...”, p. 776.

20. El CSE podría 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.

21. 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 la misma fuerza probatoria. De este modo, entendemos 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*²⁷. Las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial no se incluyen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones, pero sí pueden formar parte del contenido del CSE como recoge el art. 68 en su letra h.

Esta información que se puede recoger en el certificado sobre el régimen económico matrimonial también podría beneficiarse de los efectos del art. 69.2 RES. A pesar de que son extremos que no se han determinado conforme a las normas de conflicto del Reglamento europeo de sucesiones²⁸. A nuestro juicio, la fuerza probatoria del CSE 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 certificado 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.

22. 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.

VII. La suspensión de los efectos

23. En el Auto que comentamos, la madre del causante prueba que sus actos para suspender el CSE han sido satisfactorios. Esto es posible porque el art. 73 RES recoge la posibilidad de que los efectos

²⁷ La STJUE 1 de marzo 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* en la doctrina española I. ANTÓN JUÁREZ, Régimen económico matrimonial, Derechos sucesorios del cónyuge supérstite y certificado sucesorio europeo: ¿una combinación explosiva?, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol 10, nº 2, 2018, pp. 769-780; 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*, 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”, *ZEVI*, 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.

²⁸ C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 69. Effects...”, p. 777.

del CSE puedan ser suspendidos. La autoridad emisora o un órgano judicial del Estado miembro de emisión son las autoridades competentes para poder llevar a cabo esta suspensión²⁹. En el caso concreto que nos ocupa ninguna autoridad española tenía competencia para ello, ya que el CSE se expidió en Letonia.

24. La autoridad emisora es la que ostenta la facultad de suspender los efectos del certificado mientras decide si procede la modificación o anulación del mismo. No obstante, la autoridad judicial del Estado miembro de emisión puede en tanto sustancia un recurso presentado contra el certificado suspender sus efectos. El art. 72.1 RES es una norma de competencia judicial internacional, la competencia territorial concreta deberá determinarse en atención al Derecho nacional³⁰. Por lo tanto, 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 del certificado porque exista algún error gramatical.

25. 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. Sea cual fuere el origen de la suspensión, la solicitud es siempre a instancia de parte³¹.

26. La consecuencia de la suspensión de los efectos es que no se podrían emitir copias del CSE, ya que quedan suspendidos los efectos probatorios 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. La autoridad expedidora aquí juega un papel clave, ya que debe actuar del modo más diligente posible con el fin de evitar que un CSE suspendido pueda seguir desplegando efectos. Una crítica que se le ha hecho al RES es que no prevea la confiscación de las copias del CSE³². Esa confiscación podría evitar un uso indebido del CSE.

El uso de un CSE suspendido podría dar lugar a la siguiente situación y es que qué sucedería si los herederos que constan en el CSE hubieran realizado diferentes actuaciones respecto del patrimonio del causante pero posteriormente ese certificado se anula o rectifica. Por ejemplo, piénsese que el CSE se ha utilizado para cambiar la titularidad de un bien en el Registro de la Propiedad pero posteriormente ese CSE que sirve de base para la inscripción se anula. El RES no señala nada al respecto. La doctrina ha entendido que la modificación de ese asiento en el Registro se rige por el Derecho nacional³³, en particular, es necesario atender a la Ley Hipotecaria³⁴

VIII. Rectificación, modificación o anulación del certificado sucesorio europeo

27. En el Auto objeto de comentario se muestra como una persona con interés legítimo puede tomar las medidas oportunas para que se anule el CSE. Ese interés se puede canalizar a través del art. 71 RES. Este precepto 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 actuar de oficio. En este caso sólo si se tratase de una rectificación (art. 71.1 RES) y además lo debe prever el Derecho nacional en el caso de la modificación o anulación del CSE (art. 71.2 RES).

²⁹ AAP Barcelona 5 de julio 2018, ECLI:ES:APB:2018:4133^a, FD 2.

³⁰ C. BUDZIKIEWICZ, "Article 73. Suspension of the Effects 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. 816.

³¹ C. BUDZIKIEWICZ, "Article 73. Suspension...", p. 821.

³² C. BUDZIKIEWICZ, "Article 73. Suspension...", p. 825.

³³ A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis...*, p. 681.

³⁴ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, BOE núm. 58, 27 febrero 1946.

28. La doctrina ha entendido que 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 CSE³⁵.

29. 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 acredita³⁶. 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 conocía³⁷.

30. 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.

31. En el caso del ordenamiento jurídico español es necesario atender a lo dispuesto en el número 12 de la disposición final vigesimosexta de la LEC. De este modo, el procedimiento para la rectificación del CSE cuando ha sido emitido por un juez es el previsto en el art. 267 LOPJ en sus apartados 1 a 4. Se va a aplicar lo establecido en el ordenamiento español para la rectificación de resoluciones judiciales. En el caso de la modificación o anulación de un CSE, se tramitará y resolverá en única instancia en atención a lo previsto para el recurso de reposición en la LEC.

Si el CSE ha sido emitido por un notario, la rectificación, modificación o anulación corresponde al notario en cuyo protocolo se encuentra. Así lo señala la disposición final vigesimosexta de la LEC en su número 15. Si el notario se negara a rectificar, modificar o anular un CSE, el interesado podría recurrir tal decisión ante el juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia oficial del notario y se sustanciará conforme a los trámites del juicio verbal (Disposición final vigesimosexta número 16 de la LEC).

IX. Los recursos ante el certificado sucesorio europeo

32. 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 recurrir³⁸.

33. 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 emisora³⁹.

³⁵ P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 817.

³⁶ Vid. I. CALVO VIDAL, El certificado sucesorio..., p. 309; Vid. también, P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 817.

³⁷ P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 817.818.

³⁸ P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 824.

³⁹ C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 72. Redress Procedures”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVÍ/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p.816.

34. 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.

35. En el caso del ordenamiento jurídico español, si el CSE se ha solicitado ante un juez pero lo ha denegado, el interesado al que se le ha denegado la solicitud puede recurrir el auto mediante un recurso de reposición (Disposición final vigesimosexta número 13 de la LEC).

36. Si el notario ha sido el que ha expedido el CSE, cualquier persona con interés legítimo conforme a los arts. 63.1 y 65 RES podría recurrir toda decisión adoptada por esta autoridad en relación al certificado (Disposición final vigesimosexta número 16 de la LEC). El juez de Primera Instancia del lugar de la residencia habitual del notario es la autoridad ante la que se puede presentar el recurso. En el caso de resultar acreditado que el certificado sucesorio europeo expedido no se corresponde con la realidad, el juez podrá ordenar al notario emisor que lo rectifique, lo modifique o lo anule en atención a la resolución judicial recaída (Disposición final vigesimosexta número 17 de la LEC). Cuando el recurso estima que resulta acreditado que la negativa a expedir el CSE no obedecía a una razón justificada el juez puede expedir el certificado o garantizar que el notario emisor vuelva a examinar el caso y tome una nueva decisión acorde a la resolución judicial recaída (Disposición final vigesimosexta número 17 de la LEC). En todo caso deberá constar en la matriz de la escritura que sustancie el acto o negocio y en la del acta de protocolización del certificado sucesorio emitido, nota de rectificación, modificación y anulación realizadas. De igual forma de constar la interposición del recurso y de la resolución judicial recaída en el mismo.

X. Consideraciones finales

37. EL CSE es un instrumento de una especial relevancia en el ámbito de las sucesiones transnacionales. Su utilidad en las sucesiones que tienen relación con diferentes Estados parte del RES es máxima. La relevancia del CSE pero también su *modus operandi* y cómo lo entienden los jueces españoles ha quedado manifestada en el Auto objeto de comentario. En este sentido podríamos hacer las siguientes consideraciones:

El hecho de que el CSE sea una vía para probar la condición de heredero permite que presente efectos en otros procedimientos que pueden tener relación con una misma sucesión *mortis causa*. Prueba de ello es el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de julio de 5 de julio de 2018. Tanto su eficacia como la suspensión de la misma tiene relevancia para el tribunal a la hora de conceder las medidas cautelares. La existencia de un CSE expedido en otro Estado miembro hace que la competencia de juez español se vea recortada. De hecho, como se señala en el auto las medidas cautelares no se podrían conceder si el resultado que provocan es el mismo que si de la suspensión del certificado se tratase. Por lo tanto, el respeto a las normas del RES sobre el CSE es clave para funcione correctamente.

En este sentido el CSE es entendido a la perfección por la Audiencia Provincial. El juez de instancia y también la Audiencia Provincial lo tienen claro. Cualquier cuestión relativa a la interposición de un recurso, modificación o anulación del CSE debe realizarse según los cauces que marca el propio RES. El principio de mutua confianza se respeta y la aplicabilidad directa del RES también.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL INTERNACIONAL ENERO / JUNIO 2018

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE JANUARY / JUNE 2018

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4636>

Resumen: En el período de referencia no hay nuevas quejas “abiertas” o “en seguimiento” ante el Comité de Libertad Sindical que afecten al Estado español. Tampoco los informes núms. 384 y 385 (332ª reunión, Ginebra, marzo de 2018) ni el núm. 386 (333ª reunión, Ginebra, 9 de junio de 2018) contienen referencia alguna al Reino de España.

Ocho resoluciones del TJUE afectan directamente a España.

La sentencia *Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S. A.* aborda la legalidad del despido objetivo por absentismo de un trabajador que dejaba de acudir al trabajo por las consecuencias de la discapacidad que padecía.

En el asunto *Jessica Porras Guisado c. Bankia, S.A.* se discutía si una embarazada podía ser incluida en un expediente de despido colectivo.

El auto *Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L.* considera inadmisibile la pretensión de un progenitor de ver reducida su jornada laboral por lactancia de un hijo menor porque el otro progenitor no trabajaba.

El auto en el caso *Pilar Centeno c. Universidad de Zaragoza* aborda la acomodación al ordenamiento comunitario de la exclusión de un funcionario interino del proceso de implantación de un programa de reconocimiento de méritos profesionales.

La sentencia *Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira* trata sobre la indemnización de menor cuantía en un contrato de duración determinada que en un contrato indefinido.

En el caso *Lucía Montero c. Agencia Madrileña de Atención Social* se aborda la ausencia de indemnización en un contrato temporal de interinidad.

En el supuesto *INSS c. Crespo Rey* se trata si la exigencia de cotizar por la base mínima en la formalización de un Convenio Especial de Seguridad Social únicamente para trabajadores españoles retornados es acorde a la normativa comunitaria.

La sentencia *Eva Soraya Checa c. Fogasa* trata sobre si procede el abono por parte del Fogasa de la indemnización debida al trabajador que tras la decisión empresarial de movilidad geográfica decide optar por la extinción indemnizada del contrato.

Se referencian también otras dos sentencias del Tribunal de Justicia que aunque no se han dictado en el contexto de un proceso nacional se referencian por la relevancia que tienen y la influencia que pueden desplegar para nuestro ordenamiento jurídico. En la *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie* se discutía la discriminación que sufrió una trabajadora empleada en una institución religiosa por no profesar ninguna fe. La sentencia *MB c. Secretary of State for Work and Pensions* se discutía la discriminación que decía haber sufrido un trabajador que se cambió de sexo en el acceso a la jubilación a la que edad que le correspondería de acuerdo a su sexo recién adquirido.

El TEDH ha dictado la sentencia *López Ribalda and Others. c. España*, sobre videovigilancia empresarial en el lugar de trabajo sin consentimiento de los trabajadores y sin conocimiento de los representantes. Aunque el sistema de videovigilancia oculto sí cumplió los márgenes de legalidad establecidos en el ordenamiento jurídico interno el TEDH entiende que se ha producido una violación del Convenio Europeo de Derecho Humanos

Palabras clave: absentismo por discapacidad, discriminación de la mujer embarazada por inclusión en expediente de regulación de empleo, reducción de la jornada por lactancia, participación de trabajador interino en procesos selectivos de implementación de complementos retributivos, discriminación por motivos religiosos, indemnización por interinidad, discriminación del transexual, cotización obligatoria por la base mínima, indemnizaciones a cargo del Fondo de Garantía Salarial, videovigilancia.

Abstract: In the reference period, there are no new “open” or “follow-up” complaints before the Committee on Freedom of Association that affect the Spanish State. Neither reports nos. 384 and 385 (332rd session, Geneva, March 2018) and no. 386 (333rd session, Geneva, June 9, 2018) contain no reference to the Kingdom of Spain.

Eight resolutions of the CJEU directly affect Spain.

The sentence Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroser Servicios Auxiliares, S. A. addresses the legality of the objective dismissal for absenteeism of a worker who stopped going to work due to the consequences of the disability he suffered.

In the Jessica Jessica Guisado case c. Bankia, S.A. It was discussed if a pregnant woman could be included in a collective dismissal file.

The car Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L. considers inadmissible the pretension of a parent to see his working day reduced by breastfeeding a minor child because the other parent did not work.

The car in the Pilar Centeno case c. University of Zaragoza addresses the accommodation to the community order of the exclusion of an interim officer from the process of implementing a program of recognition of professional merits.

The judgment of Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira deals with small claims compensation in a fixed-term contract than in an indefinite contract.

In the Lucía Montero case c. Madrid Social Care Agency deals with the absence of compensation in a temporary interim contract.

In the case INSS c. Crespo Rey is about whether the requirement to contribute for the minimum base in the formalization of a Special Social Security Agreement only for returned Spanish workers is in accordance with the community regulations.

The judgment Eva Soraya Checa c. Fogasa discusses whether the payment by Fogasa of the compensation due to the worker that, after the geographical mobility business decision, decides to opt for the indemnified termination of the contract.

There are also two other judgments of the Court of Justice that, although they have not been issued in the context of a national process, are referenced because of the relevance they have and the influence they can have on our legal system. In the Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie discussed the discrimination suffered by a worker employed in a religious institution for not professing any faith. The MB judgment c. Secretary of State for Work and Pensions discussed the discrimination that a worker who changed sex in having access to retirement had suffered at the age that would correspond according to his newly acquired sex.

The ECHR has handed down the judgment in *López Ribalda and Others. c. Spain*, on business videovigilancia in the place of work without consent of the workers and without knowledge of the representatives. Although the hidden video surveillance system did comply with the margins of legality established in the internal legal order, the ECHR understands that there has been a violation of the European Convention on Human Rights.

Keywords: absenteeism due to disability, discrimination against pregnant women due to inclusion in the employment regulation file, reduction of the working day due to breastfeeding, participation of an interim worker in selective processes for the implementation of remuneration supplements, discrimination for religious reasons, compensation for internship, discrimination of the transsexual, mandatory contribution for the minimum base, compensation paid by the Wage Guarantee Fund, video surveillance

Sumario: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.1. Introducción.2. S TJUE de 18 de enero de 2018 [asunto: C-270/16]. *Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S. A.* Absentismo por enfermedades relacionada con la discapacidad del trabajador.3. S TJUE de 22 de febrero de 2018 [asunto: C-103/16]. *Jessica Porras Guisado c. Bankia, S.A.* Inclusión en un expediente de despido colectivo a una trabajadora embarazada.4. A TJUE de 21 de marzo de 2018 [asunto: C-252/17]. *Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L.* Ejercicio individual del derecho a la reducción horaria por lactancia aunque uno de los dos progenitores no trabaje. Cuestión manifiestamente inadmisibles.5. A TJUE de 22 de marzo de 2018 [asunto: C-315/17]. *Pilar Centeno c. Universidad de Zaragoza.* Solicitud de participación en la fase de implantación de la carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de dicha Universidad por parte de funcionarios interinos.6. S TJUE de 17 de abril de 2018 [asunto: C-414/16]. *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie.* Empleo en una institución religiosa y discriminación por no profesar fe alguna.7. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-574/16]. *Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira.* Indemnización de menor cuantía en contrato de duración determinada que en contratos indefinidos.8. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-677/16]. *Lucía Montero c. Agencia Madrileña de Atención Social.* Ausencia de indemnización en contrato temporal de interinidad.9. S TJUE de 26 de junio de 2018 [asunto: C-451/16]. *MB c. Secretary of State for Work and Pensions.* Discriminación del transexual en el acceso a la jubilación.10. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-2/17]. *INSS c. Crespo Rey.* Cotización en el Convenio Especial de Seguridad Social por la base mínima.11. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-57/17]. *Eva Soraya Checa c. Fogasa.* Movilidad geográfica con traslado de domicilio, opción por la indemnización y abono por parte del Fogasa en supuestos de insolvencia empresarial.II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.1. Introducción.2. *López Ribalda and Others. c. España.* Viodevigilancia empresarial en el lugar de trabajo sin consentimiento.

I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

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 y otros dos que por su importancia se reseñan.

2. S TJUE de 18 de enero de 2018 [asunto: C-270/16]. *Carlos Enrique Ruíz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S. A.*

Absentismo por enfermedades relacionadas con la discapacidad del trabajador.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

1. En el marco de un procedimiento judicial se intima una decisión prejudicial del Tribunal que aclare si la normativa de igualdad de trato es aplicable al supuesto de despido que se estaba enjuiciando de un trabajador discapacitado que dejaba de acudir al trabajo, aun con causa justificada, por las secuelas de la enfermedad que padecía y por la que había sido calificado como discapacitado.

El trabajador fue contratado en 1993 como limpiador en un hospital. Había desarrollado su actividad laboral sin ningún tipo de incidencias para varios empresarios. En 1994 fue declarado discapacitado. A partir de ese momento comenzó a sufrir varios procesos mórbidos que le obligaron a ingresar en incapacidad temporal de forma recurrente durante el 2014 y el 2015. Quede acreditado que los problemas de salud fueron causados por las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de la discapacidad del trabajador. En todo momento el trabajador comunica a su empresario todas las bajas en tiempo y forma.

En julio de 2015 la empresa comunicó al trabajador su despido por absentismo. El trabajador interpuso demanda contra la decisión del despido. No cuestiona la veracidad ni la exactitud de las ausencias al trabajo, pero entiende que existe una clara y directa vinculación entre dichas ausencias y su condición de discapacitado, solicitando la nulidad del despido, pues considera que su caso constituye una discriminación por razón de discapacidad.

El órgano jurisdiccional remitente de la cuestión aprecia que los trabajadores discapacitados se encuentran más expuestos que los demás trabajadores al riesgo de que se les aplique la regla jurídica que permite la extinción objetiva por absentismo, de lo que deduce que existe una diferencia de trato que implica una discriminación indirecta por motivos de discapacidad en la utilización de este particular mecanismo de extinción no culpable. Pregunta al Tribunal, por tanto, si se opone a la Directiva 2000/78 la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes para un trabajador al que se deba considerar discapacitado.

2. El tribunal comienza su argumentación recordando que el ámbito de la Directiva es aplicable tanto al ámbito del empleo público como al privado y que su eficacia puede proyectarse hacia las condiciones de empleo y despido.

Entrando en el fondo del asunto, y después de rechazar que pueda apreciarse en este caso una discriminación directa, pues la norma se aplica incondicionadamente a cualquier tipo de trabajador, con independencia de si sufre o no discapacidad, aprecia que la inclusión de las enfermedades producidas por la discapacidad en el concepto general de enfermedad excluible del cómputo de las ausencias si puede considerarse como una discriminación indirecta. Y aprecia que un trabajador discapacitado está, en principio, más expuesto al riesgo de que se le aplique la regla jurídica que castiga el absentismo que un trabajador sin discapacidad, pues sufre está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. Corre, en definitiva, un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, de alcanzar los límites previstos en la regla jurídica que castiga el absentismo con el despido. Queda de manifiesto que la regla establecida en la normativa nacional puede perjudicar a los trabajadores con discapacidad y, suponer, por tanto, una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido de la Directiva.

Lo que procede es cuestionar si la diferencia de trato entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores sin discapacidad esta objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por legislador español.

El Gobierno español indica que el despido por absentismo tiene como fin legítimo la tutela de la productividad y que desde siempre se han incluido en su cómputo castigable las ausencias de corta duración debidas a enfermedad. El Tribunal entiende que combatir la excesiva morbilidad en la empresa constituye en sí mismo un fin legítimo protegible por la normativa comunitaria.

Es preciso comprobar, no obstante, si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de esta finalidad son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanza el objetivo pretendido.

Por ello el órgano jurisdiccional interno debe verificar si los datos numéricos recogidos en el precepto de referencia se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral. Y, del mismo modo, debe tomar igualmente en consideración los costes, directos e indirectos, que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral, y, verificar, si el despido de los trabajadores en caso de faltas de asistencia intermitentes por causa de enfermedad motivada por la discapacidad que padece genera una discriminación en el mantenimiento en el empleo.

En definitiva, se encomienda al órgano jurisdiccional interno para que, tras el análisis de todas estas variables, evalúe si, en relación con las personas con discapacidad, los medios previstos en el precepto que permite el despido objetivo por absentismo no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida. Porque la Directiva referencia se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a sus faltas de asistencia cuando sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad que trabajador.

**3. S TJUE de 22 de febrero de 2018 [asunto: C-103/16]. *Jessica Porras Guisado c. Bankia, S.A.*
*Inclusión en un expediente de despido colectivo a una trabajadora embarazada.***

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.

Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos

3. La cuestión prejudicial se plantea en el marco de la resolución jurisdiccional de un despido colectivo, con la particularidad de que la trabajadora que da nombre a la resolución fue incluida en el expediente extintivo estando embarazada.

Los hechos probados, sucintamente expuestos son los siguientes. En abril de 2006 la Sra. Porras fue contratada por la entidad bancaria que da nombre a la resolución. En enero de 2013 dicha entidad comienza un expediente de regulación de empleo, alcanzando un acuerdo con las entidades sindicales en febrero de ese año en el que se implementaban criterios generales para la inclusión en el expediente y criterio de permanencia. En noviembre de 2013 la empresa le comunica a la Sra. Porras su despido, abonándole la indemnización legalmente prevista. La Sra. Porras estaba embarazada cuando recibe la carta de despido. Impugnó el despido y el Juzgado de lo Social competente desestimándose su demanda. Impugnada la resolución es el Tribunal Superior de Justicia competente el que plantea la cuestión prejudicial comunitaria.

Pretende que se aclare si la normativa española transpone correctamente el artículo 10 de la Directiva 92/85, que prohíbe, salvo en casos excepcionales, el despido de trabajadoras embarazadas. Plantea concretamente cinco cuestiones prejudiciales, que el Tribunal resuelve con un orden distinto al planteado, agrupando dos de ellas.

4. La primera cuestión prejudicial pregunta por la relación que existe entre las dos directivas mencionadas, la relativa a la protección de la trabajadora embarazada, que prohíbe el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado, y la relativa a despidos colectivos cuando los consiente por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa y temporal. ¿Es, en definitiva, el embarazo de la trabajadora un motivo no inherente a la persona del trabajador?

El Tribunal entiende que a una trabajadora embarazada le es aplicable tanto la Directiva 92/85 como la Directiva 98/59, permitiéndose que se ampare simultáneamente en los derechos establecidos en ambas Directivas, los cuales son complementarios.

En relación con la aplicación combinada de ambas Directivas, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, básicamente si la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido de la Directiva 98/59.

El ámbito de aplicación de la Directiva 92/85 tiene como finalidad evitar las consecuencias perjudiciales que puede tener sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado. Por ello la Directiva ha implementado un mecanismo singular de protección de la mujer embarazada, estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, salvo en supuestos excepcionales no relacionados con su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.

Lo que es incompatible, en definitiva, es que el empresario tome la decisión de despedir a una trabajadora por razones relacionadas con su embarazo, pero sí se consiente una decisión de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad por razones no relacionadas con el embarazo de la trabajadora, siempre que el empresario comunique por escrito los motivos justificados de despido.

El Tribunal entiende, en definitiva, que la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada.

5. La quinta cuestión prejudicial plantea si la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo y sin hacer referencia alguna a la concurrencia de un supuesto excepcional, porque cuando se despidiera a una trabajadora durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. Debe exponer, en definitiva, los motivos no inherentes a la persona de la trabajadora, comunicándole, además, los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores incluidos en el expediente de regulación de empleo.

El Tribunal entiende que la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

6. La tercera cuestión prejudicial consulta si la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que establece, para los supuestos de despido de una embarazada, únicamente una nulidad del despido (tutela reparativas) pero no una prohibición del mismo (tutela preventiva).

La Directiva 92/85 exige que los Estados miembros implementen dos tipos de garantías. Exige que se garantice que se prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas y, por otro lado se obliga a que se organicen sistema de reparación de las consecuencias de un despido en estas circunstancias. Se opera, en definitiva, una distinción entre, la protección contra el despido en sí mismo, con carácter preventivo, y la protección contra las consecuencias del despido, en concepto de reparación.

La Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que no prohíba con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, y que establezca únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

7. Las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta preguntan si la Directiva 92/85 se opone a una normativa nacional que en el marco de un despido colectivo no establece una prioridad de permanencia en la empresa o una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo para las trabajadoras embarazadas.

El Tribunal entiende que la Directiva 92/85 no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo para las trabajadoras embarazadas, aunque no se excluye que los ordenamientos nacionales implementen este tipo de mecanismos tuitivos

8. En definitiva, la Directiva 92/85/CEE no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo.

Tampoco se opone esta Directiva a que una normativa nacional permita al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

La Directiva 92/85 sí se opone a una normativa nacional que no prohíba con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada y que implemente únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

Por último, la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo a las trabajadoras embarazadas incluidas en un expediente colectivo de regulación de empleo.

4. A TJUE de 21 de marzo de 2018 [asunto: C-252/17]. *Moisés Vadillo c. Alestis Aerospace, S.L.* Ejercicio individual del derecho a la reducción horaria por lactancia aunque uno de los dos progenitores no trabaje. Cuestión manifiestamente inadmisibile.

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental

9. El Tribunal resuelve por auto la petición de decisión prejudicial presentada en un litigio laboral por la negativa empresarial a conceder al trabajador varón una hora de permiso laboral diaria para atender al cuidado de su hijo menor de nueve meses. La razón empresarial para negar la reducción horaria es que la madre del menor se encuentra en desempleo.

El trabajador impugnó dicha decisión ante el órgano jurisdiccional competente, que aprecia que la regla jurídica contenida en el Estatuto de los Trabajadores español que entiende que la reducción horaria por lactancia es un derecho individual de hombres y mujeres pero que “*solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen*” restringe el derecho del progenitor que no trabaja a estar disponible ante el servicio público de empleo, para el ejercicio de acciones de colocación, orientación, formación o recalificación, limitando u obstaculizando sus posibilidades de buscar empleo activamente, de presentarse a ofertas de trabajo, de mantener su compromiso legal de actividad o de tener un itinerario individual de empleo.

Entiende que la normativa comunitaria de referencia debería interpretarse en el sentido de que, si el permiso parental es intransferible uno de los progenitores del menor no debería perderlo porque el otro progenitor se encuentre en situación de desempleo. Aprecia, además, que esta interpretación restrictiva del disfrute individual perpetúa el tradicional rol parental de la mujer, impidiéndola estar disponible para acceder a cursos de formación y de integración, o para acceder a un empleo. Por ello entiende el órgano jurisdiccional remitente que estamos en presencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida en que la persona a la que se encomienda la función de cuidar del menor es, en la práctica, la madre.

Por ello cuestiona al Tribunal si la Directiva se opone a una interpretación de la regla jurídica que limita el disfrute por parte de un progenitor del derecho a la reducción horaria por lactancia si el otro no trabaja.

10. El Tribunal entiende que la cuestión es inadmisibile. Aprecia que la resolución de remisión no expone el contenido de las disposiciones nacionales relativas al permiso parental y no precisa los motivos por los que la regla jurídica debería considerarse un permiso parental en el sentido de dicha Directiva. Entiende que la falta de precisiones de la resolución remitente sobre la normativa nacional en materia de permiso parental, y a falta de petición expresa en ese sentido, no permite al Tribunal de Justicia dar una respuesta útil a la cuestión prejudicial planteada, por lo que procede declarar inadmisibile la cuestión prejudicial planteada. La falta de concreción por parte del órgano proponente de la conexión que debe establecerse entre la Directiva aplicable y la norma nacional lastra la cuestión haciéndola inadmisibile, amén de que no consigue concretar cómo la aplicación normativa tiene por efecto limitar el acceso al empleo del progenitor de sexo femenino que está en situación de desempleo.

5. A TJUE de 22 de marzo de 2018 [asunto: C-315/17]. *Pilar Centeno c. Universidad de Zaragoza.* Solicitud de participación en la fase de implantación de la carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de dicha Universidad por parte de funcionarios interinos.

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

11. La señora Centeno solicitó participar en la convocatoria de implantación del sistema de carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de la Universidad de Zaragoza que se había implantado. La señora Centeno es funcionaria interina perteneciente al personal administrativo y de servicios de dicha Universidad desde hacía más de cinco años.

Su resolución no fue expresamente resuelta interponiendo un recurso de alzada ante el Rector de la Universidad contra la denegación presunta de su solicitud, que fue desestimada. Tras ello la señora Centeno interpuso el correspondiente recurso contencioso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Zaragoza contra la resolución del Rector de dicha Universidad, alegando que el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal daba lugar a una discriminación injustificada del personal temporal de larga duración.

La Universidad de Zaragoza sostiene que este sistema no da lugar a discriminación alguna, pues durante su fase de implantación los miembros del personal que participan en dicho sistema se integran en unos tramos en función de la antigüedad que tengan acreditada, aunque haya sido adquirida en la condición de funcionarios interinos, una vez hayan adquirido la condición de funcionarios de carrera o de personal laboral fijo. Es, por tanto, presupuesto de la evaluación ser funcionario o personal laboral fijo, pero sí se tiene en consideración para la valoración los años de servicio como personal interino. Entiende la Universidad que existen circunstancias objetivas que justifican la exclusión de los funcionarios interinos del sistema.

12. El juzgado remitente de la cuestión plantea la cuestión de si los trabajadores que tienen la condición de funcionarios interinos pueden solicitar ser clasificados en tramos, con arreglo al sistema de carrera profesional horizontal controvertido en el litigio principal, en función de su antigüedad, aunque no hayan adquirido la condición de funcionarios de carrera o personal laboral fijo. Entiende que la implantación de este sistema de clasificación puede dar lugar a una diferencia de trato entre, por un lado, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal y, por otro, los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo. Aunque cuestiona si

Entiende, básicamente, que el complemento retributivo relacionado con la carrera profesional horizontal no se encuentra incluido en el concepto de '*condiciones de trabajo*' pues este complemento se encuentra ligado inevitablemente a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo. Señala que este complemento retribuye determinadas cualidades subjetivas obtenidas por el funcionario en el desarrollo de su labor a lo largo de los años, y que el sistema de carrera profesional horizontal tiene carácter voluntario, pues depende de la voluntad del empleado público decidir si se incorpora o no a él. La carrera profesional presupone el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos que solo pueden predicarse respecto de los funcionarios de carrera, como el nivel profesional, la progresión según un sistema de niveles dentro de cada grupo de clasificación profesional, la valoración continua del mérito, la capacidad, la especialización y la profesionalidad del trabajador, la continuidad en los destinos y el ascenso progresivo de niveles.

El juzgado desea saber si el complemento retributivo derivado de la carrera profesional horizontal se encuentra incluido en el concepto de '*condiciones de trabajo*', y si la discriminación que marca con respecto al personal no funcionario o fijo se encuentra justificada en razones objetivas, precisando que las razones por las que en su opinión es posible no calificar este complemento de '*condición de trabajo*' pueden justificar que la participación en dicho sistema se reserve a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo.

El Juzgado remitente de la cuestión plantea al Tribunal de Justicia las siguientes dos cuestiones prejudiciales:

Si el complemento retributivo de carrera horizontal puede considerarse incluido como una condición de trabajo.

Y si, aun considerándose una condición de trabajo, la imposibilidad de lucrarla por personal no funcionario o no fijo se encuentra justificada en razones objetivas.

13. El Tribunal recuerda que, con arreglo a su Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento. Por ello recurre al auto de 21 de septiembre de 2016, Álvarez Santirso, C631/15) para deducir que el Acuerdo Marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador, deduciéndose

de ello que las disposiciones contenidas en el Acuerdo Marco sí se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público.

De esta conclusión se deduce que efectivamente a las relaciones laborales de duración determinada si le es aplicable la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco. Y que, se establece la prohibición de tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que la diferencia de trato se encuentre justificado por razones objetivas.

El Tribunal recuerda que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en el concepto de ‘condiciones de trabajo’ es el de empleo, es decir, la existencia de una relación de trabajo entre un trabajador y su empresario, considerándose incluidos en este concepto los conceptos retributivos: trienios, sexenios por formación permanente, y la participación en un plan de evaluación profesional.

14. En el presente procede constatar que la participación en un sistema de carrera profesional como el controvertido en el litigio principal y el complemento retributivo al que da lugar esa participación deben considerarse también ‘condiciones de trabajo’. Dicho sistema tiene por objeto incentivar la progresión profesional y retribuir la calidad del trabajo, la experiencia y los conocimientos de su personal, exigiéndose una antigüedad de cinco años para poder participar en el mismo.

El Tribunal entiende que una interpretación que excluyera de la definición del concepto de ‘condiciones de trabajo’ el derecho a participar en un sistema de carrera profesional como el controvertido en el litigio principal equivaldría a reducir el ámbito de protección contra las discriminaciones otorgada a los trabajadores con contrato de duración determinada.

Los elementos invocados por el Gobierno español no pueden poner en entredicho la conclusión observada. Porque el complemento retributivo al que da lugar la participación en el sistema de carrera profesional tiene por objeto retribuir determinadas cualidades subjetivas desarrolladas por el trabajador en el desempeño de sus funciones a lo largo de los años, lo que confirma que este complemento está vinculado al puesto del trabajador. Porque, además, aun suponiendo que el sistema de carrera profesional y el complemento retributivo estuvieran ineludiblemente vinculados a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, esta circunstancia no puede enervar la conclusión de que el sistema y el complemento presentan una vinculación con la relación de servicios entre un trabajador y su empleador.

15. Se aprecia, en definitiva, que existe, por un lado, una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo que prestan servicios en el marco de una relación de servicio por tiempo indefinido, y entre, por otro, los funcionarios interinos y el personal laboral temporal, que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada, pues el sistema controvertido excluye la participación de estos últimos, lo que exige examinar si la situación de los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y la de los trabajadores fijos son comparables. Y el Tribunal llega a la conclusión de que el único elemento que puede diferenciar la situación de un miembro funcionario interino del personal administrativo y de servicios de la de un miembro funcionario de carrera o personal laboral fijo del personal administrativo y de servicios es la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vincula a su empleador.

Una vez constatada dicha circunstancia lo que procede es apreciar si existe una razón objetiva que justifique dicha diferencia de trato, apreciando que la diferencia de trato no se justifica entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que esta esté prevista por una norma nacional general y abstracta.

En definitiva, el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de las administraciones públicas no puede constituir una ‘razón objetiva’, en el sentido del Acuerdo Marco. Porque una diferencia de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por un criterio que se refiera a la duración de la relación laboral. Porque admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco. En lugar de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada y

promover la igualdad de trato equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada.

El concepto de ‘razón objetiva’ requiere que la desigualdad de trato observada se encuentre justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de trabajo de que se trate, siempre en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, con el propósito de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

Los elementos a considerar pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada, en las características inherentes a las mismas o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

En el asunto controvertido tanto el juzgado remitente como la Universidad de Zaragoza entienden que, debido a sus características fundamentales, el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal está vinculado ineludiblemente a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, y que esta razón puede justificar que se reserve la participación en dicho sistema a los miembros del personal administrativo y de servicios que tienen una de estas condiciones.

El Gobierno español repara, por su parte, en que existen determinadas diferencias en Derecho español entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios de carrera y el de los funcionarios interinos, relacionadas concretamente con el proceso selectivo, la progresión profesional y el nivel de responsabilidad de las funciones desempeñadas. Elementos que, a su juicio, pueden justificar la diferencia de trato controvertida en el litigio principal.

No se niega por parte del Tribunal la posibilidad de que los Estados miembros puedan restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera. Porque existen determinadas diferencias entre ellos, relativas al nombramiento, a las cualificaciones requeridas para el desempeño profesional, y a la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir. A pesar de este margen de apreciación por parte de los Estados miembros la aplicación de los criterios diferenciadores debe efectuarse de manera transparente, y debe, además, poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos.

16. En el presente asunto la norma controvertida reserva la participación en el sistema de carrera profesional al ‘Personal de Administración y Servicios fijo’ de la Universidad, funcionario o laboral, excluyendo de la participación, de manera general y abstracta, al personal administrativo y de servicios temporal, incluido el que tiene la condición de funcionario interino.

El Tribunal aprecia que no se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia que el sistema de carrera profesional se encuentre ineludiblemente vinculado a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, porque las características que definen el sistema de remuneración adicional: el carácter voluntario, individual, evaluable y gradual, y el reconocimiento de méritos, pueden entenderse perfectamente cumplidas por los miembros del personal administrativo y de servicios funcionarios interinos de larga duración. Conclusión que se apoya en el argumento de que todos los miembros del personal administrativo y de servicios ejercen las mismas funciones.

La alegación argumentada por el Gobierno español en relación con las diversas particularidades del procedimiento selectivo de los funcionarios no puede ser tenida en consideración, básicamente porque la participación en el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal no se encuentra reservada a los funcionarios de carrera, pues pueden participar de ella los trabajadores laborales fijos que cumplan determinados requisitos. Tampoco es atendida la alegación del Gobierno español basada en la existencia de una diferencia en la progresión profesional y en el grado de responsabilidad de las tareas desarrolladas entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, porque tanto para el personal funcionario como para el laboral fijo se exige una antigüedad concreta de cinco años para participar en el sistema de carrera profesional.

17. Los objetivos alegados no pueden justificar una norma nacional como la controvertida en el litigio principal. Porque establece una diferencia de trato basada en un criterio que se refiere únicamente a la duración misma de la relación laboral, entendiéndose, en definitiva, que el Acuerdo Marco se opo-

ne a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal que reserva la participación en el sistema de carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de la Universidad de Zaragoza, a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo, excluyendo, en particular, a los funcionarios interinos.

6. S TJUE de 17 de abril de 2018 [asunto: C-414/16]. *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie*

Empleo en una institución religiosa y discriminación por no profesar fe alguna.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

17. La empleadora Evangelisches Werk publicó una oferta de empleo de duración determinada en noviembre de 2012 para la realización de un proyecto de redacción de un informe sobre el Convenio Internacional de las Naciones Unidas relativo a la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Las tareas requeridas incluían el seguimiento del proceso de redacción de los informes estatales sobre dicho convenio y la elaboración del informe paralelo sobre el informe estatal alemán, representando en el ámbito del proyecto la obra social evangélica de Alemania ante el mundo político, el público y las organizaciones de defensa de los derechos humanos.

En la oferta de trabajo se especifica como requisito que debían cumplir los solicitantes la siguiente exigencia: “*Son requisitos fundamentales la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicio social evangélico. Se ruega que indique su confesión en su curriculum vitae.*”

La Sra. Egenberger solicitó el puesto publicado, aun cuando no confesaba en ninguna religión. Aunque su candidatura siguió en liza después de la primera selección no fue convocada a la entrevista preceptiva que formaba parte del proceso de selección. El candidato finalmente seleccionado había indicado, por su parte, que era “*un cristiano miembro de la Iglesia protestante regional de Berlín*”.

Al considerar que su candidatura había sido rechazada por carecer de confesión, la Sra. Egenberger presentó una demanda ante el Tribunal de lo Laboral de Berlín, solicitando una indemnización. Apreciaba que la toma en consideración de la religión en el procedimiento selectivo contravenía la prohibición de discriminación establecida en la normativa de la Unión. La empleadora alegó que la diferencia de trato por motivos de religión se encontraba justificada debido a la naturaleza de la actividad contemplada por la oferta de empleo en cuestión. El Tribunal de lo Laboral estimó parcialmente la demanda al considerar que había sufrido una discriminación, pero limitó el importe de la indemnización. El recurso de apelación interpuesto por la Sra. Egenberger contra esa resolución fue desestimado por el Tribunal Regional de lo Laboral, por lo que interpuso un recurso con objeto de conseguir una indemnización apropiada.

El Tribunal Supremo de lo Laboral considera que el resultado del litigio principal depende de si la distinción por razón de pertenencia religiosa efectuada por la empleadora es lícita según la interpretación de la normativa comunitaria. La interpretación jurisprudencial entiende que el control jurisdiccional debe apreciar si las actividades que debe realizar el trabajador para la empleadora “*presentan una proximidad*” con la predicación del mensaje de la Iglesia, o si son actividades “*sin proximidad*” con este mensaje religioso.

El Tribunal pregunta al Tribunal de Justicia si es acorde a la Directiva 2000/78 que un empleador puede determinar por sí mismo de forma vinculante que, por la naturaleza de la actividad laboral o el contexto en el que esta se desarrolla, una determinada confesión religiosa del candidato puede constituir un requisito profesional esencial, legítimo y justificado.

Si la respuesta a esta primera pregunta fuese negativa se pregunta si debe de dejar de aplicarse en un litigio como el presente una disposición de Derecho nacional conforme a la cual se admite una diferencia de trato basada en la religión en el marco del empleo por las comunidades religiosas y por las entidades adscritas a estas cuando una determinada confesión religiosa, atendiendo a la definición de la

propia identidad de la comunidad religiosa, constituya un requisito profesional justificado habida cuenta de su derecho a la libre determinación.

Y, por último, también para el supuesto de que la repuesta a la primera pregunta fuese negativa, pregunta qué requisitos han de cumplir la naturaleza de las actividades o el contexto en el que estas se desarrollan como requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización conforme a la Directiva 2000/78.

18. La respuesta a la primera pregunta tiene como presupuesto la asunción por las partes del litigio principal que el rechazo de la candidatura de la Sra. Egenberger debido a que esta carecía de confesión es una diferencia de trato basada en la religión en el sentido de la Directiva 2000/78. También debe partirse de otra premisa, la que precisa que la Directiva 2000/78 sí permite que una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones puede establecer un requisito relacionado con la religión o las convicciones si, por la naturaleza de la actividad de que se trate o por el contexto en que se desarrolle, la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización.

En definitiva, que la Directiva 2000/78 pretende proteger el derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados por razón de su religión o convicciones, pero también toma en consideración el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones, garantizando el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones y el derecho de los trabajadores a no ser objeto de una discriminación basada en la religión o las convicciones.

Concluye que cuando una iglesia -u otra organización cuya ética se basa en la religión o las convicciones- alega, en apoyo de un acto o de una decisión como el rechazo de una candidatura a un empleo en su ámbito, por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, que la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, es necesario que esa alegación pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que se cumplen los criterios señalados en el la Directiva 2000/78.

19. El Tribunal aborda, con carácter previo a la segunda, la tercera cuestión prejudicial, que trata de calibrar con arreglo a qué criterios ha de comprobarse si, respecto de la ética de la iglesia o de la organización en cuestión, la religión o las convicciones son, por la naturaleza de la actividad de que se trate o del contexto en que se desarrolle, un requisito profesional esencial, legítimo y justificado, a efectos de la Directiva 2000/78. Reafirma que los parámetros de ponderación siempre tienen que jugar en relación a la “*naturaleza*” de las actividades de que se trate o en el “*contexto*” en que se desarrollen.

De lo que se concluye que la legalidad de una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones se supedita a la existencia comprobable objetivamente de un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate. Y este vínculo puede deducirse, o bien de la naturaleza de la propia actividad, por ejemplo, cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse la actividad laboral contratada, como cuando, por ejemplo, la propia actividad se aprecia como una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización en su entorno.

Se recuerda, también, que el requisito profesional debe ser “*esencial, legítimo y justificado*” respecto de la ética de la Iglesia o de la organización, tras el análisis que realicen los tribunales nacionales.

De tal modo que procede responder a la tercera cuestión prejudicial en el sentido de que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el requisito profesional esencial, legítimo y justificado implica la apreciación de un requisito necesario y objetivamente comprobable respecto de la ética de la iglesia o de la organización de que se trate, bien por su naturaleza o bien por las circunstancias en que se desarrolle la actividad profesional en cuestión, estando proscrito la cobertura de consideraciones ajenas a dicha ética.

20. Para responder a la segunda cuestión prejudicial el Tribunal recuerda que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales resolver si, y en qué medida, un precepto nacional puede interpre-

tarse de conformidad con la Directiva 2000/78, desechando la posibilidad de que el tribunal nacional se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, de lo que se deduce que, en el caso de autos, corresponde al tribunal remitente comprobar si el precepto nacional controvertido en el litigio principal permite una interpretación de conformidad con la Directiva 2000/78.

Recuerda el Tribunal que la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión, y que dicha prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable directamente en un litigio, de lo que se infiere que el tribunal nacional está obligado a garantizar la plena eficacia de la normativa comunitaria, dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga.

En definitiva, el tribunal nacional, cuando no pueda interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con lo dispuesto con la Directiva 2000/78, está obligado, si ello es imprescindible para la resolución del caso, a dejar de aplicar cualesquiera normas nacionales que contradiga los dictados de las normas comunitarias.

7. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-574/16]. *Grupo Norte c. Ángel Manuel Moreira*.

Indemnización de menor cuantía en contrato de duración determinada que en contratos indefinidos.

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

21. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva comunitaria en el litigio entre las partes relativo a la finalización de un contrato de relevo.

El señor Moreira fue contratado por el grupo empresarial Norte para prestar servicios como peón de limpieza en el Hospital Montecelo de Pontevedra, del que Grupo Norte era concesionaria del servicio de limpieza, con una jornada de 28,12 horas semanales (75 % de la jornada ordinaria). El contrato se había celebrado para sustituir, precisamente, a la madre del Sr. Moreira Gómez, al haber accedido esta a la situación de jubilación parcial y reducido su jornada y su salario en un 75 %. Las partes del contrato acordaron que este finalizaría el 18 de septiembre de 2015, fecha en la que se produciría la jubilación total de la madre del Sr. Moreira Gómez.

Tras comunicarle la empresa el cese el Sr. Moreira interpuso una demanda por despido improcedente, alegando que en el Hospital donde trabajaba existe la costumbre empresarial de contratar indefinidamente al trabajador relevista que ve extinguido su contrato de trabajo tras la jubilación total del trabajador relevado.

El Grupo Norte niega la existencia de esta costumbre, indicando que la libertad de empresa le permite contratar a quien desee para cubrir el puesto de que se trata, precisando que el contrato de trabajo había vencido legalmente. El Juzgado de lo Social entendió que el despido del Sr. Moreira había sido improcedente y condenó a Grupo Norte a readmitirlo o a abonarle una indemnización, a su elección.

El empresario interpuso el correspondiente recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social. El tribunal consideró que la finalización del contrato de relevo es legal, y de que no existe la obligación consuetudinaria de contratar por tiempo indefinido al relevista a la finalización del mencionado contrato de relevo. Aprecia el Tribunal que en el Derecho Español existe una diferencia de trato en lo que importa a la indemnización por finalización de la actividad laboral, según se considere la extinción del contrato como objetiva para un trabajador indefinido, o por finalización de la temporalidad para el que ha sido contratado mediante una modalidad temporal como lo es la de relevo aquí tratada.

El Tribunal cuestiona, por tanto, si esta diferencia de trato se encuentra o no proscrita por la normativa comunitaria, y en caso de considerarse plausible si se encuentra justificada en algún objetivo de política social.

Pregunta, básicamente, si a efectos del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos, ¿deben considerarse ‘situaciones comparables’ la extinción del contrato de trabajo por ‘cir-

cunstancias objetivas' *ex art. 49.1 c) ET* y la derivada de 'causas objetivas' *ex art. 52 ET*, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos?

Si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, cuestiona si debe entenderse que los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican la diferencia de trato indemnizatorio

22. Las dos cuestiones prejudiciales pretenden cuestionar si la normativa comunitaria se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

El Tribunal recuerda que uno de los objetivos de la política de empleo y del Acuerdo Marco es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación. Concretamente pretende impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por un empleador para privar a los trabajadores de los derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida. También recuerda que el Acuerdo Marco incluye una prohibición de tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que la diferencia de trato se justifique en razones objetivas.

El Tribunal entiende que la indemnización se incluye claramente en el concepto de 'condiciones de trabajo' reguladas por el Acuerdo Marco. Reitera también que el principio de no discriminación se aplica en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable.

23. En el caso de autos incumbe al tribunal remitente determinar si el Sr. Moreira cuando fue contratado en el marco de un contrato de duración determinada se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empresario durante el mismo período de tiempo.

El Tribunal precisa que se desprende de los datos de que dispone el Tribunal de Justicia que el Sr. Moreira Gómez mientras estuvo contratado ocupaba el mismo puesto de 'peón de limpieza' en el Hospital que la trabajadora cuyo relevo parcial cubría hasta que esta accediera a la jubilación completa. Por consiguiente procede considerar que la situación de un trabajador con contrato de duración determinada como el Sr. Moreira era comparable a la de un trabajador fijo para ejercer las mismas funciones de peón de limpieza.

Se hace necesario comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización del plazo de un contrato de relevo de duración determinada dé lugar al abono al trabajador temporal de una indemnización inferior a la que percibe un trabajador fijo cuando se le despide por concurrir una de las causas objetivas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Porque 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 aquella esté prevista por una norma general o abstracta, como una ley o un convenio colectivo. Este concepto requiere que la desigualdad de trato se encuentre justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata con arreglo a criterios objetivos y transparentes, con el propósito de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica y permite alcanzar el objetivo perseguido. Los elementos a considerar pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

El Tribunal entiende que el abono de la indemnización por la finalización del contrato del Sr. Moreira se produjo en un contexto sensiblemente diferente de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas objetivas previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal repara en que las partes de un contrato temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término, limitando con ello la duración de la relación laboral, pero sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato. Sin embargo la extinción de un contrato fijo por una causa objetiva resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que ponen en tela de juicio el desarrollo normal de la relación laboral. Pero también precisa que en Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, pues el abono de la indemnización por extinción objetiva lo es con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo.

En estas circunstancias, el Tribunal entiende que el objeto específico de la indemnización por extinción del contrato que prevé una condición resolutoria, como la prevista en relación con la jubilación definitiva del trabajador relevado, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Procede responder a las cuestiones prejudiciales en el sentido de que el Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, sea inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

8. S TJUE de 5 de junio de 2018 [asunto: C-677/16]. *Lucía Montero c. Agencia Madrileña de Atención Social.*

Ausencia de indemnización en contrato temporal de interinidad.

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.

24. En marzo de 2007 la Sra. Montero fue contratada por la mercantil demandada mediante una modalidad contractual de interinidad para sustituir a un trabajador fijo. En febrero de 2008 su contrato se transformó en un contrato de interinidad para la cobertura de vacante. El objeto de contrato era la prestación de servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la Agencia.

En julio de 2016 el puesto que ocupaba la Sra. Montero se adjudicó a una persona que había superado un previo proceso selectivo, finalizando el contrato de trabajo en septiembre de ese año.

En octubre la Sra. Montero presentó demanda por despido. El Tribunal proponente de la cuestión prejudicial precisa que la Sra. Montero desempeñaba las mismas funciones para cuyo desempeño se contrató a la persona que superó el proceso selectivo, por lo que ambos trabajadores deben considerarse comparables a los efectos de aplicar el Acuerdo Marco. Repara también que la indemnización por finalización del contrato temporal y la indemnización por despido objetivo de un trabajador fijo comparable debido a la concurrencia de causas objetivas se encuentran incluidas en el concepto de condiciones de trabajo, en el sentido del Acuerdo Marco.

El Juzgado remitente pone de manifiesto que sí existe indemnización cuando se extingue un contrato por causas objetivas a diferencia de lo que ocurre cuando finaliza un contrato de interinidad que carece de indemnización alguna. Se establece así, a su juicio, un trato diferente cuya justificación debe sustentarse en circunstancias, hechos o causas totalmente objetivas.

Entiende que la sentencia de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras (C596/14, ECLI:EU:C:2016:683) ha llevado a los tribunales españoles a conceder a un trabajador interino la misma indemnización que la que se otorga a los trabajadores fijos comparables por la extinción de sus contratos debido a la concurrencia causas objetivas. Repara, no obstante, que dicha sentencia sigue sin solventar la duda de si el hecho de que las partes conozcan, al suscribir el contrato temporal, su duración limitada constituye una razón suficiente que justifique establecer un trato diferente en el momento indemnizatorio

al que se otorga a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato debido a la concurrencia de circunstancias objetivas.

25. Mediante la cuestión prejudicial, el juzgado remitente pregunta si la cláusula el Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de extinción de contratos de trabajos por circunstancias objetivas.

El Tribunal, después de recodar los objetivos del Acuerdo Marco y de repasar la jurisprudencia más importante, precisa que en el presente asunto sometido a su jurisdicción se trata de determinar si la concesión de una indemnización por parte del empresario debido a la extinción de un contrato de trabajo se encuentra incluida en el concepto de 'condiciones de trabajo', en el sentido del Acuerdo Marco. El Tribunal de Justicia recuerda que el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario. Por ello ha entendido que se encuentran incluidas en este concepto las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada, así como los demás requisitos de finalización de un contrato de duración determinada.

También entiende el Tribunal que la indemnización concedida al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empleador puede ser considerada como condición de trabajo. Pero también recuerda que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato se encuentre objetivamente justificado. Porque el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable. Y en el caso de autos incumbe al juzgado remitente examinar los hechos para determinar si la Sra. Mateos cuando fue contratada por la Agencia mediante un contrato de duración determinada se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo. El Tribunal aprecia que se deduce de los datos de que dispone el Tribunal de Justicia que la Sra. Montero mientras estuvo contratada por la Agencia mediante un contrato de interinidad ejercía las mismas funciones que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso mencionado selectivo, que tenía precisamente por objeto proveer con carácter definitivo el puesto que la Sra. Montero había ocupado durante ese período.

Por consiguiente, sin perjuicio de la apreciación definitiva que realice el juzgado remitente a la luz de todos los elementos pertinentes, procede considerar que la situación de una trabajadora con contrato de duración determinada como la Sra. Montero era comparable a la de un trabajador fijo contratado por la Agencia para ejercer las mismas funciones laborales.

26. Es preciso comprobar, por tanto, si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo sí tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una circunstancia objetiva. Teniendo presente que se requiere que la desigualdad de trato observada se encuentre justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de determinar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto, apreciando que tales elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.

Para explicar la diferencia de trato el Gobierno español subraya que la extinción de la relación laboral se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar en el momento de la celebración del contrato temporal, y que la indemnización prevista para el supuesto de extinción objetiva

se motiva por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral.

Pero conviene recordar que la finalización del contrato de interinidad de la Sra. Montero se produjo en un contexto diferente que la extinción de un contrato fijo por razones objetivas, porque las partes de un contrato de trabajo temporal conocen desde el momento de su celebración la fecha o el acontecimiento que determinan su término, limitando la duración de la relación laboral sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato, mientras que la extinción de un contrato fijo por razones objetivas tiene lugar al acaecer circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral, por lo que la indemnización tiende a proteger el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo, por lo que el Tribunal entiende que el objeto específico de esta indemnización por despido constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Téngase presente, no obstante, que Sra. Montero no podía conocer en el momento en que se celebró su contrato de interinidad la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni tampoco podía conocer que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. Aunque no es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración.

Por ello el Tribunal entiende que la cuestión prejudicial debe ser respondida en el sentido de que el Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional, como la debatida en el asunto aquí tratado, que no prevea el abono de indemnización por extinción de un contrato de duración determinada celebrado para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto

9. S TJUE de 26 de junio de 2018 [asunto: C-451/16]. MB c. *Secretary of State for Work and Pensions*.

Discriminación del transexual en el acceso a la jubilación.

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.

27. MB. es una persona casada de sexo masculino. En se sometió a una operación quirúrgica de cambio de sexo. MB. no dispone de un certificado definitivo de reconocimiento de su cambio de sexo, porque dicha concesión exigía, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, la anulación de su matrimonio. Nunca intimó la anulación porque MB. y su esposa deseaban seguir estando casadas por motivos religiosos.

Al cumplir 60 años, que es la edad a la que las mujeres nacidas antes del 6 de abril de 1950 pueden obtener una pensión estatal de jubilación “de categoría A” con arreglo al Derecho nacional, MB solicitó la obtención de dicha pensión de jubilación.

La solicitud fue denegada porque, al no disponer de un certificado de reconocimiento definitivo de su cambio de sexo, no cabía considerarla mujer a efectos de determinar su edad legal de jubilación.

MB. recurrió la decisión pero fue desestimado en las instancias ordinarias, y acudió a la Corte Suprema alegando que la normativa nacional controvertida en el litigio principal constituye una discriminación por razón de sexo, prohibida la Directiva 79/7.

MB. entiende que cumple con todos los criterios de carácter físico, social y psicológico que la normativa nacional en materia de estado civil exige para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo, y que la exigencia de que anule su matrimonio celebrado antes de la operación de cambio de sexo no es acorde al principio comunitario de igualdad.

2. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que una persona que ha cambiado de sexo cumpla con el requisito de no estar casada con una persona del sexo que ha adquirido a raíz del cambio

de sexo para poder optar a una pensión estatal de jubilación a partir de la edad legal de jubilación de las personas del sexo adquirido.

El Tribunal recuerda que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una normativa nacional que supedita la obtención de una prestación de pensión a un requisito relativo al estado civil no puede sustraerse a la observancia del principio de no discriminación por razón de sexo, reconocido en la normativa comunitaria, y que las Directivas de igualdad de la Unión se proyectan también sobre las eventuales discriminaciones que puedan surgir como consecuencia del cambio de sexo.

28. Entiende que la normativa interna que supedita la obtención de una pensión estatal de jubilación al requisito de la anulación del matrimonio eventualmente celebrado antes del cambio de sexo provoca un tratamiento menos favorable que a las personas que hayan conservado su sexo de nacimiento y estén casadas.

La exigencia de anular el matrimonio, tal y como señala el Abogado General equivale a añadir un requisito adicional a las reglas de jubilación, convirtiéndolo en el decisivo para la obtención de la pensión. Porque, además, la finalidad del requisito de anulación del matrimonio que invoca dicho Gobierno, es decir, evitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, es ajena al régimen de la mencionada pensión de jubilación, por lo tanto ha de considerarse que la normativa nacional confiere un trato menos favorable directamente por razón de sexo a una persona que ha cambiado de sexo después de contraer matrimonio que a una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada. En definitiva, que la Directiva 79/7/CEE se opone a una normativa nacional que exige para el acceso a la jubilación que la persona que ha cambiado de sexo no esté casada con una persona del sexo que ha adquirido.

10. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-2/17]. INSS c. Crespo Rey.

Cotización en el Convenio Especial de Seguridad Social por la base mínima.

Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social en su versión modificada (por el Reglamento (CE) núm. 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009).

29. El Sr. Crespo Rey de nacionalidad española cotizó a la Seguridad Social española entre 1965 y 1980, siempre en bases de cotización superiores a la base mínima fijada para el Régimen General de la Seguridad Social. En 1980 se instaló en Suiza y cotizó al régimen de Seguridad Social de ese Estado entre mayo de 1984 y noviembre de 2007.

En diciembre de 2007 suscribió un convenio especial con la seguridad social española, satisfaciendo desde esa fecha y hasta enero de 2014 las cuotas correspondiente, cuyo importe se calculó con arreglo a la base mínima de cotización establecida para el Régimen General de la Seguridad Social española. Al Sr. Crespo se le concede una pensión de jubilación en septiembre de 2014. Para calcular esta pensión el INSS tuvo en consideración el importe de las cuotas abonadas por el interesado durante el período requerido legalmente. El INSS tomó como base de cálculo para el período durante el que suscribió el convenio especial de seguridad social las cuotas abonadas por el Sr. Crespo Rey en el marco de dicho convenio. Para el período durante el que el Sr. Crespo trabajó en Suiza tomó en consideración la base de cotización en España que más se aproximaba en el tiempo a los períodos de referencia. El INSS consideró que esta era la base de cotización de la que se calculó la primera cuota mínima abonada por el Sr. Crespo en el marco del convenio.

El Sr. Crespo presentó demanda contra esta resolución por no estar de acuerdo con el cálculo de su pensión de jubilación realizado por el INSS. El órgano judicial estimó la demanda, frente a cuya resolución el INSS recurrió la resolución frente al Tribunal Superior de Justicia funcionalmente competente.

30. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la normativa en cuestión en el asunto del que conoce es compatible con el artículo 45 TFUE, apartado 1, en la medida en que el artículo 15 de la Orden

Ministerial de 2003 obliga al trabajador emigrante a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, sin que pueda elegir otra base de cotización. Por otra parte cuestiona que para el cálculo del importe de la pensión de jubilación de este trabajador solo tenga en consideración las cuotas mínimas abonadas en el marco de dicho convenio, a pesar de que, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, el trabajador en cuestión cotizara en España con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

¿Deben entenderse excluidas de la expresión *‘la base de cotización en España que más se les aproxime en el tiempo’* aquellas bases de cotización derivadas de la aplicación de una norma interna española según la cual un trabajador migrante retornado cuyas últimas cotizaciones reales españolas hubieran sido superiores a las bases mínimas solo puede suscribir un convenio de mantenimiento de cotizaciones conforme a bases mínimas mientras que, si fuera un trabajador sedentario, se le habría ofrecido la posibilidad de suscribirlo por bases superiores?.

31. El Tribunal de Justicia recuerda que según reiterada jurisprudencia corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce, reformulándose, en su caso, las cuestiones que se le planteen.

En el presente caso el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la normativa nacional aplicable al litigio principal es compatible con la normativa comunitaria en la medida en que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social española a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, lo que repercute en el cálculo de su pensión. Por ello es presupuesto de la resolución de esta cuestión prejudicial analizar la normativa nacional aplicable en el litigio principal a la luz de las disposiciones del Acuerdo sobre la libre circulación de personas. Básicamente se trata de dilucidar si el Acuerdo sobre la libre circulación de personas se opone a la normativa de un Estado miembro que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, para el cálculo del importe de su pensión de jubilación se equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro tomando solo en consideración las cuotas abonadas por dicho trabajador en el marco de dicho convenio, incluso cuando antes de ejercer su derecho a la libre circulación este último hubiera cotizado en este Estado miembro con arreglo a bases de cotización superiores a la base mínima de cotización, teniendo en consideración, además, que un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio sí dispone de la posibilidad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

32. Después de recordar que el Reglamento núm. 883/2004 no establece un sistema común de seguridad social sino que únicamente planta las bases para la coordinación de diversos sistemas, lo que conlleva que la falta de armonización en el ámbito de la Unión permita la competencia legislación de cada Estado miembro para la determinación de los requisitos que confieren cada ordenamiento a sus derecho prestaciones, reitera la necesidad de que dicha normativa respete la libertad de circulación y residencia, particularmente con Suiza, apoyándose en el Acuerdo sobre la libre circulación de personas que concede a los nacionales de las Partes contratantes el derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, así como las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo concedidas a los nacionales del Estado de que se trate, y que regula, muy señaladamente, la coordinación de los sistemas de seguridad social con el fin de garantizar la igualdad de trato.

Hay dos datos incontrovertidos en este asunto. En primer lugar, que el Crespo hizo uso de su derecho a la libre circulación de personas para ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio de Suiza, quedando incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo sobre la libre circulación de personas. Y, en segundo lugar, que la suscripción por parte del Sr. Crespo del convenio especial de Seguridad Social tuvo como consecuencia que, a efectos de calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, el INSS tomó como referencia la base mínima de cotización.

En el momento de calcular la pensión el INSS tomó en cuenta, como corresponde según la legislación nacional, las cuotas reales abonadas por el Sr. Crespo durante los años inmediatamente anteriores

al pago de la última cuota a la seguridad social, es decir, las cuotas mínimas que abonó con arreglo al convenio especial. Sin embargo para el período en que trabajó en Suiza tomó en consideración la base de cotización que en España más se aproximaba a los períodos de referencia.

La equiparación por parte del INSS del período cubierto por el convenio especial a un período de trabajo realizado en España tuvo como resultado que, al calcular el importe de la pensión de jubilación del Sr. Crespo, únicamente fuera tomada en consideración la base mínima de cotización con arreglo a la cual este abonó sus cuotas en el marco de dicho convenio. Teniendo presente, como consta acreditado, que antes de ejercer su derecho a la libre circulación y de suscribir el convenio especial cotizó al régimen de seguridad social español con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización utilizada en el marco de dicho convenio.

33. El problema reside en que según la normativa que regula el Convenio Especial de 2003 el trabajador emigrante no puede continuar cotizando con arreglo a bases superiores pues el importe de tales cuotas se determina obligatoriamente con arreglo a la base mínima de cotización fijada para el régimen general de la seguridad social española.

La exigencia de obligar a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer las cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, según prevé la normativa nacional, puede establecer para los trabajadores migrantes un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

El INSS y el Gobierno español alegan que la suscripción del convenio especial tiene por finalidad permitir al trabajador inmigrante evitar que se produzca una reducción del importe de su pensión de jubilación española por el hecho de haber ejercido su derecho a libre circulación.

Pero el Tribunal entiende que en una situación como la del litigio principal el trabajador migrante que suscribe un convenio especial puede en realidad ser objeto de una reducción nada desdeñable del importe de su pensión de jubilación, pues para calcular el importe de la misma solo se tienen en consideración las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, es decir, las cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización. Esta conclusión no se produciría si el trabajador hubiera cotizado únicamente en otro Estado miembro sin suscribir un convenio especial.

De lo anterior se sigue que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe con la seguridad social del Estado miembro en cuestión un convenio especial a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, incluso en el caso de que este, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, haya cotizado en ese Estado con arreglo a bases de cotización superiores a la base mínima puede suponer para tal trabajador un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores que realizaron toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión.

Para la correcta aplicación de esta consecuencia el Tribunal recuerda que cuando el Derecho nacional prevé un trato diferenciado entre varios grupos de personas los miembros del grupo perjudicado deben recibir un mismo trato y ha de aplicárseles el mismo régimen que a los demás interesados.

Teniendo en consideración que los trabajadores sedentarios que suscriben un convenio especial tienen la posibilidad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinar cuáles son, en Derecho interno, los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los trabajadores sedentarios.

Y el propio Tribunal añade una posibilidad hermenéutica, recalando que este objetivo podría alcanzarse concediendo a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial la facultad de cotizar retroactivamente con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización

34. En definitiva, el Acuerdo sobre la libre circulación de personas se opone a la normativa de un Estado miembro que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social del Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe de su pensión de jubilación solo toma en consideración las cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, conclusión que se predica incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.

11. S TJUE de 28 de junio de 2018 [asunto: C-57/17]. *Eva Soraya Checa c. Fogasa*.**Movilidad geográfica con traslado de domicilio, opción por la indemnización y abono por parte del Fogasa en supuestos de insolvencia empresarial.****Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.**

35. La Sr. estuvo empleada para la mercantil Cespa hasta marzo de 2010 y, posteriormente, para Soroma patrimonial mediante un contrato de trabajo a tiempo completo. Soroma informó por escrito a la Sra. Checa y a otros cinco trabajadoras de su intención de trasladar, a partir de mayo del 2011, su lugar de trabajo a otra ciudad. Dicho traslado suponía para la Sra. Checa un cambio de domicilio, en la medida en que la distancia entre el antiguo y el nuevo lugar de trabajo era de más de 450 km. La Sra. Checa optó por la extinción de su contrato de trabajo, de conformidad con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, decisión aceptada por la empresa.

La Sra. Checa posteriormente interpuso una demanda jurisdiccional al entender que tenía derecho a una indemnización por extinción del contrato tras la decisión de movilidad geográfica intimada por la empresa. El Juzgado de lo Social competente condenó a Soroma al pago de una cantidad económica de conformidad con las exigencias legales del Estatuto de los Trabajadores.

La mercantil Soroma ejecutó el fallo judicial solo parcialmente, por lo que la Sra. Checa solicitó la apertura de un procedimiento de ejecución judicial. En el marco de dicho procedimiento, Soroma fue declarada insolvente en junio de 2013. La resolución de insolvencia fue notificada al Fogasa. La Sra. Checa solicitó entonces al Fogasa que se hiciese cargo de la parte de la indemnización impagada por Soroma a causa de su insolvencia.

El Fogasa denegó dicha solicitud, alegando que la indemnización que tiene su origen en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador afectado por la decisión de su empresario de cambiar el lugar de trabajo no está garantizada por las previsiones normativas del Estatuto de los Trabajadores.

La Sra. Checa interpuso recurso contra esta resolución denegatoria ante el Juzgado de lo Social competente, pretensión que no fue estimada.

En la resolución del recurso impetrado frente a dicha resolución el Tribunal Superior de Justicia competente alberga dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del artículo de la normativa patria que limita la garantía de cobertura indemnizatoria del Fogasa a los supuestos de despido o a determinadas extinciones del contrato de trabajo entre los que no se incluye este supuesto. Entiende que la norma patria excluye del mecanismo de garantía los créditos que resultan de otras formas legales de extinción de la relación laboral que dan lugar a una indemnización, como acaece en el supuesto tratado en el que, formalmente bajo una opción del trabajador se encubre, en realidad, una verdadera extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

Por ello plantea la siguiente cuestión prejudicial: ¿Se puede interpretar que una indemnización debida legalmente por una empresa al trabajador por la extinción de su relación laboral, a consecuencia de la modificación de un elemento esencial del contrato de trabajo, como es una movilidad geográfica que obliga al trabajador a cambiar de residencia, puede incluirse en el concepto de “*indemnización debida al término de la relación laboral*” previsto en la Directiva 2008/94?

36. El Tribunal comienza recordando que la Directiva 2008/94 se aplica a los créditos en favor de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia, precisando que corresponde al Derecho nacional determinar las indemnizaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque dicha posibilidad se encuentra supeditada a las exigencias que se derivan del principio general de igualdad y no discriminación que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que dicha diferencia de trato se justifique objetivamente.

La normativa patria aplicable para la resolución del asunto prevé la garantía de pago de las indemnizaciones por parte del Fogasa en los supuestos de despido o de determinadas extinción del con-

trato de trabajo, pero no incluye otras formas legales de extinción de la relación laboral que dan lugar a indemnizaciones legales, entre las que figura las indemnizaciones procedentes por no aceptar la movilidad geográfica intimada por el empresario.

El órgano jurisdiccional remitente precisa que en la dinámica de la movilidad geográfica el trabajador tiene derecho a optar entre aceptar la movilidad o extinguir su contrato de trabajo con la correspondiente indemnización de veinte días de salario por año de servicio. Informa también de las diferentes modalidades indemnizatorias que acontecen en supuestos de despido objetivo, despido colectivo y extinción por incumplimientos del empresario.

El Tribunal razona que procede considerar que los trabajadores que optan por la extinción del contrato de trabajo en un supuesto de movilidad geográfica se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores que optan por la extinción del contrato de trabajo tras un incumplimiento empresarial, en la medida en que se decantan por la extinción debido a que el empresario lleva a cabo modificaciones sustanciales de sus condiciones de trabajo que el legislador español ha considerado que no se les pueden imponer, ya que en ambos casos ha previsto que el trabajador pueda optar por la extinción del contrato de trabajo y que reciba, además, una indemnización.

Del mismo modo estos trabajadores se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores cuyo contrato se ha extinguido por causas objetivas, por lo que pueden deducirse idénticas razones que las expuestas.

El ordenamiento español sólo entiende incluidos en el ámbito de garantía del abono de la indemnización a los supuestos comprendidos en la extinción objetiva y en el abandono voluntario por incumplimientos empresariales, pero no en los supuestos de abandono voluntario tras al intimación empresarial de una movilidad geográfica.

De lo que se trata ahora es de apreciar si la diferencia de trato entre ambos grupos de trabajadores se encuentra justificada. No puede acogerse la alegación formulada por el Gobierno español según la el margen de apreciación conferido a los Estados miembros por la Directiva 2008/94 permitía al legislador español optar por que la institución de garantía asumiese solamente aquellas algunas indemnizaciones y no otras, básicamente porque se niega el carácter comparable de las situaciones de los trabajadores.

El Tribunal aprecia que del auto de remisión de la cuestión se desprende que no puede considerarse la extinción del contrato de trabajo tras la movilidad geográfica como una auténtica expresión libre de la voluntad del trabajador, puesto que una consecuencia de la actuación empresarial que pretende llevar a cabo una modificación sustancial de su contrato de trabajo, como lo es el traslado del lugar de trabajo a una distancia que obliga al trabajador a cambiar de lugar de residencia.

37. De todo ello se deduce que la Directiva 2008/94 debe interpretarse en el sentido de que las indemnizaciones legales debidas legalmente como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a causa del traslado del lugar de trabajo por decisión unilateral del empresario (implicando un cambio de residencia) también deben incluirse en dicho concepto.

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 9 de enero de 2018. Asunto: *López Ribalda and Others. c. España* (demanda núm.: 18748567/2013). *Viodevigilancia empresarial en el lugar de trabajo sin consentimiento.*

38. Cinco trabajadoras, entre las que se encontraba quien da nombre a la demanda, alegan que en su lugar de trabajo pero sin su consentimiento fueron sometidas a una “*videovigilancia encubierta or-*

denada por su empresario sin haber sido previamente informadas”, lo que, a su juicio, violó su derecho a la privacidad, según lo previsto en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas.

39. Los hechos no dejan lugar a dudas del ilícito laboral cometido por las trabajadoras. Todas las trabajadoras trabajaban como cajeras en un supermercado. En febrero de 2009 el empresario fue informado de ciertas irregularidades entre la mercancía almacenada existente en el supermercado y las ventas reales diarias, contabilizándose pérdidas cuantiosas desde febrero a junio (7.780€ en febrero, 17.971€ en marzo, 13.936€ en abril, 18.009€ en mayo y 24.614€ en junio). Para investigar qué acontecía instaló cámaras de vigilancia visibles y también cámaras ocultas. Las primeras para grabar los posibles robos de los clientes, y las ocultas para grabar los posibles robos de los empleados, singularmente las cajeras. La empresa sí comunica a los trabajadores previamente a su instalación la existencia de las cámaras visibles, pero no la colocación de cámaras ocultas. Al comité de empresa tampoco se le informa de la instalación de estas cámaras ocultas.

A finales de junio todos los trabajadores sospechosos de robos fueron convocados a una reunión individual. Durante dichas reuniones las demandantes, en presencia del representante sindical y del representante legal de la empresa, admitieron su implicación en los robos. En esa reunión las cajeras firmaron un documento por el cual se comprometía a no presentar demanda por despido si el empresario se comprometía a no denunciarlas ante las autoridades policiales. Tras eso las cinco cajeras fueron despedidas por motivos disciplinarios. La acreditación del ilícito laboral se sustenta básicamente en la prueba videográfica obtenida, en donde se aprecia cómo había ayudado a compañeros de trabajo e incluso a clientes a robar productos. Habían sido grabadas escaneando productos de la cesta de la compra de los clientes y de otros compañeros de trabajo para después cancelar las compras. Las cámaras de seguridad también les habían grabado permitiendo a los clientes y a otros compañeros de trabajo abandonar el supermercado con productos que no habían abonado.

Las trabajadoras entendieron que el acuerdo transaccional al que había llegado era nulo e interpusieron las correspondientes demandas por despido. El Juzgado de lo Social competente entendió, en dos resoluciones, que el despido era procedente, confirmándose ambas resoluciones por el Tribunal Superior de Justicia funcionalmente competente. Entienden ambos tribunales que la utilización de cámaras ocultas se consideraba justificada, pues existían razonables sospechas de sustracción de productos de la empresa, aunque aprecian que el proceder empresarial al no informar de la utilización de cámaras ocultas a los representantes sindicales podía conllevarle una sanción administrativa. Y con respecto al acuerdo transaccional entendieron que era legítimo porque no había existido coacción o dolo en su suscripción, además de estar presente un representante de los trabajadores.

40. El Tribunal, después de resumir la legislación aplicable y la interpretación de la cuestión que realiza el Tribunal Constitucional español, especialmente la relativa a la utilización de sistemas de videovigilancia oculto (SSTC 186/2000, 29/2013, y 39/2016), aborda las dos cuestiones objeto de estudio.

41. El Tribunal aprecia que efectivamente sí se ha producido una vulneración de la privacidad de las trabajadoras, que sí se ha producido una violación del art. 8 del Convenio.

Los demandantes entienden que el ámbito de eficacia del referido art. 8 no se limita a la protección de los individuos contra las injerencias de los poderes públicos, sino que también se proyecta hacia el ámbito de las relaciones entre los individuos, por lo que la actuación empresarial sí puede lesionar el referido derecho. El gobierno, por su parte, entiende que aunque efectivamente la actuación empresarial no fue acorde al art. 8 del Convenio el Estado no debería ser responsable de la responsabilidad que genera la incorrecta actuación de la empresa privada.

Entiende, después de resumir su jurisprudencia sobre qué ha de entenderse por ‘vida privada’, que el ámbito laboral sí queda al abrigo del art. 8 del Convenio, básicamente porque el trabajador no puede evitar ser grabado ya que debe permanecer en su puesto de trabajo por obligárselo el contrato de trabajo, produciéndose la videovigilancia en las instancias del empresario durante la ejecución del contrato de trabajo.

Entiende, además, a pesar de que el propósito del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias del poder público, el Estado no debe simplemente abstenerse de tal injerencia. Además de este compromiso primordialmente negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto por la vida privada. Y dichas 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.

Se trata, por tanto, de averiguar si el Estado ponderó un justo equilibrio entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y el interés empresarial en la protección de su organización y el derecho a gestionar sus derechos de propiedad.

Repara en que en este asunto, a diferencia de lo acontecido en otros, sí existía normativa específica sobre las condiciones en las que el empresario podía videovigilar a un empleado para investigar la comisión de un delito, estableciendo garantías específicas en cuanto a la recolección y archivo de datos y la necesaria información que debe suministrarse a los trabajadores. Además, a diferencia de lo acaecido en otros casos ya sometidos a la jurisdicción del Tribunal, en este asunto la sospecha era genérica con respecto a todos los trabajadores, no específica dirigida hacia algunos en concretos. Y este es el elemento clave en el que se fija el Tribunal para entender que no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario con el objetivo legítimo de proteger sus legítimos intereses. Precisa, en concreto, que la videovigilancia llevada a cabo por el empresario que se prolongó durante un largo periodo de tiempo no cumplía con los estándares interpretativos de la normativa aplicable, ni, particularmente, con la obligación 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. Entiende, además, que los derechos del empresario podrían haber sido perfectamente protegidos informando previamente a las demandantes sobre la instalación de un sistema de videovigilancia.

Entiende el Tribunal, en definitiva, que los tribunales internos no ponderaron un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y el interés del empresario en la protección de sus derechos.

42. Las consecuencias de dicha declaración afirmativa de vulneración del art. 8 del Convenio son reparadoras de sus consecuencias. El art. 41 del Convenio precisa que si *“Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”*.

Con respecto al perjuicio económico, todas las demandantes reclaman una indemnización por la pérdida de las cantidades que habrían recibido en caso de que los tribunales internos hubieran declarado los despidos improcedentes y si, en consecuencia hubieran seguido trabajando en la empresa.

Pero el Tribunal no observa ningún vínculo de causalidad entre la violación encontrada y el perjuicio económico reclamado, por lo que desestima la reclamación económica de daños solicitada.

Sin embargo el Tribunal sí entiende que se ha producido un daño moral a las trabajadoras, que no puede ser compensado únicamente por la constatación de la violación, por lo que procede a concederles una indemnización de 4.000 euros en concepto de daño moral sufrido, a la que ha de sumársele la que procede en concepto de costas y gastos, variable para cada una de las cinco trabajadoras.

PRODUCTOS DE LUJO Y DISTRIBUCIÓN A TRAVÉS
DE PLATAFORMAS DE INTERNET DESDE EL DERECHO
EUROPEO DE LA COMPETENCIA
(TJUE C-230/16, Asunto Coty)

LUXURY PRODUCTS AND DISTRIBUTION THROUGH
INTERNET PLATFORMS FROM THE EUROPEAN
COMPETITION LAW
(ECJ C-230/16, Coty Case)

ALICIA ARROYO APARICIO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
UNED

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4637>

Resumen: Este estudio analiza la jurisprudencia del TJUE referida a los acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo y la compatibilidad de la restricción de las ventas de esos productos a través de plataformas de internet (on line) con el Derecho protector de la libre competencia de la UE. Se tiene en cuenta en particular la Sentencia de 6 de diciembre de 2017, Asunto *Coty Germany GbmH c. Parfümerie Akzente GmbH*, si bien se observa la jurisprudencia en general así como desde la recaída en el Asunto Metro hasta dicha sentencia. Tres cuestiones son destacadas: distribución selectiva y Derecho de la Competencia; la compatibilidad de la prohibición de comercializar en plataformas de internet –“amazon. de” es la plataforma concreta del Asunto *Coty*– y la interconexión con el Derecho de marcas.

Palabras clave: distribución selectiva, plataformas de venta en internet, productos de lujo, Derecho de la Competencia, Asunto *Coty*.

Abstract: This study analyzes EJC Case Law referring to the selective distribution agreements of luxury cosmetic products and the compatibility of the restriction of sales of these products through online platforms, under the perspective of Antitrust European Law. In particular, the Judgment of December 6, 2017, *Coty Germany GbmH c. Parfümerie Akzente GmbH* is considered, but also it is important to take into account the evolution from Metro Case to Coty. Three issues are highlighted: selective distribution and Competition Law, compatibility of the prohibition to market on internet platforms - “amazon. de” was the specific platform in Coty- Case and the interconnection with the Trademarks Law.

Keywords: selective distribution, on line sales and platform bans, Antitrust Law, Coty Case.

Sumario: I. Planteamiento. 1. Asuntos Fabre y Coty. 2. Aspectos relevantes a considerar. II. Distribución selectiva y Derecho de la Competencia. III. Compatibilidad con el Derecho Antitrust de la prohibición de comercializar en plataformas de internet. IV. Interrelación con la jurisprudencia sobre marcas.

I. Planteamiento

1. Asuntos *Fabre* y *Coty*

1. La problemática que plantean las restricciones a las ventas a través de plataformas de internet en relación con el Derecho europeo de la Competencia ha sido observada desde distintas perspectivas¹ y ha dado lugar a interpretaciones divergentes de las Autoridades de Competencia y de los tribunales nacionales². De manera destacada, las divergencias se pusieron de manifiesto con ocasión del pronunciamiento del TJUE en el Asunto *Pierre Fabre*³ en el que se consideró que “una cláusula contractual, en el marco de un sistema de distribución selectiva, que exige que las ventas de productos cosméticos y de higiene corporal se realicen en un espacio físico obligatoriamente en presencia de un licenciado en Farmacia, que tiene como consecuencia la prohibición de la utilización de Internet para dichas ventas, constituye una restricción por objeto” en el sentido del artículo 101.1 del TFUE. Ese pronunciamiento fue erróneamente interpretado en el sentido de considerar que la finalidad de preservar una imagen de prestigio de marca no justificaba establecer un sistema de distribución selectiva. Pero esta interpretación ha sido aclarada, junto con consideraciones sobre la problemática al inicio aludida, a finales del año 2017, el 6 de diciembre, cuando el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán referido a la distribución en canales de internet *-on line-* de productos cosméticos de lujo (Asunto *Coty*)⁴.

Con carácter general, cabe recordar que los sistemas de distribución selectiva permiten la existencia de un comercio especializado al servicio de productos de calidad o alta tecnología⁵ o que preservan un estándar de lujo o prestigio⁶. Sin perjuicio de ello, los contratos que sustentan esos sistemas pueden ser evaluados de conformidad con el artículo 101 del TFUE y por el Reglamento 330/110 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas⁷ con el apoyo de las Directrices de aplicación⁸.

2. El resumen de los hechos del Asunto *Coty* puede sintetizarse como sigue. *Coty Germany* (en lo sucesivo, *Coty*) vende cosmética de lujo en Alemania y la comercialización la lleva a cabo a través de un sistema de distribución selectiva, con contratos principales y complementarios. Uno de sus distribuidores autorizados, *Parfümerie Akzente* (en lo sucesivo, *Akzente*), venía realizando la distribución en tiendas físicas y *on line* a través de “amazon.de”. En el contrato con *Akzente*, estaban previstas obligaciones que *Akzente* debía cumplir para preservar la imagen de lujo de las marcas que cubrían los productos de *Coty*. Aspectos referidos en general a la decoración, la ubicación, la selección o la presentación de los productos.

En este contexto, *Coty*, con ocasión de la entrada en vigor del Reglamento 330/2010 relativo a acuerdos verticales⁹, modificó los términos del acuerdo estableciendo que las ventas en internet debían

¹ L. HAMELMANN, J. HAUCAP, “KARTELLRECHT UND WETTBEWERBSPOLITIK FÜR ONLINE-PLATTFORMEN”, *DICE ORDNUNGSPOLITISCHE PERSPEKTIVEN*, NR. 78, OCTUBRE 2015. Z. GEORGIEVA, “COMPETITION SOFT LAW IN FRENCH AND GERMAN COURTS: A CHALLENGE FOR ONLINE SALES BANS ONLY?”, *MJECL*, 2017, 24(2), pp. 175-193.

² Tómese como ejemplo el caso de las mochilas “Deuter”, acaecido en Alemania. La cuestión se concretaba en saber si el fabricante podía incluir, en un contrato con un distribuidor, una cláusula que prohibiera la venta de sus productos a través de Amazon, y otra que prohibiera el anuncio de los productos en páginas web de comparación de precios. En primera instancia, el *Landgericht de Frankfurt am Main* el 18 de junio de 2014 declaró que ambas prohibiciones, impuestas por el fabricante, eran anticompetitivas. Y, en segunda, el *Oberlandesgericht de Frankfurt am Main* de 22 de diciembre de 2015 admitió la validez de las primeras pero confirmó el carácter anticompetitivo de las segundas.

³ STJUE, 13 de octubre de 2011, C-439/09, *Fabre*.

⁴ STJUE de 6 de diciembre de 2017, C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GMBH*.

⁵ STJCE de 25 de octubre de 1983, C-107/82, *AEG – Telefunken c. Comisión*.

⁶ STJCE de 23 de abril de 2009, C-59/08, *Copad*.

⁷ *DOUE* de 23 de abril de 2010, n° L 102, 1.

⁸ *DOUE* de 19 de mayo de 2010, n° C 130, 1.

⁹ En general, sobre este Reglamento: R. WISH – D. BAILEY, “Regulation 330/2010: The Commission’s New Block Exemption for Vertical Agreements”, *CMLR*, 2010, 47, Issue 6, pp. 1757-1791; y, F. Tuytschaever –f. wyjckmans, *Vertical Agreements in EU Competition*, 3ª ed., 2018.

realizarse a través del “escaparate electrónico” de la tienda autorizada y que se preservara el carácter de lujo de los productos. Así mismo, el nuevo acuerdo impedía que el distribuidor utilizara en el mercado *on line* un nombre comercial distinto o una tercera empresa que no estuviera autorizada.

De forma textual, en la STJUE¹⁰ se contiene la cláusula del contrato: “el depositario podrá ofrecer y vender los productos en Internet, a condición no obstante de que dicha actividad de venta por Internet se realice mediante un escaparate electrónico del establecimiento autorizado y que se preserve el carácter de lujo de los productos”. Además –añade– “la cláusula I, apartado 1, punto 3, de dicha acta adicional prohíbe expresamente el uso de una denominación comercial diferente, así como la intervención reconocible de una tercera empresa que no sea depositario autorizado de Coty Prestige”.

3. Ante la negativa a suscribir las modificaciones al contrato por parte de *Akzente*, *Coty* recurre al tribunal de primera instancia de Frankfurt para impedir que se distribuyan los productos en la plataforma *on line*. Este tribunal consideró que la cláusula del acuerdo era contraria bien a la Ley alemana contra las restricciones a la competencia -*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*-, bien al artículo 101 TFUE, apartado 1. Estimó en concreto que el objetivo de preservar una imagen prestigiosa de la marca no podía justificar, conforme a la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*¹¹ (Asunto *Fabre*), la instauración de un sistema de distribución selectiva, restrictivo de la competencia por principio. La cláusula constituía también, según dicho tribunal, una restricción especialmente grave, en el sentido del artículo 4, letra c), del Reglamento 330/2010. Además, el tribunal nacional de primera instancia consideró que tampoco se cumplían los requisitos para poder acogerse a una exención individual, ni la cláusula era necesaria, porque existían otros medios adecuados pero menos restrictivos de la competencia, como la aplicación de criterios cualitativos específicos para las plataformas de terceros.

4. *Coty* apeló la sentencia dictada por el tribunal nacional de primera instancia ante el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*). En este contexto, ese órgano jurisdiccional plantea cuestiones prejudiciales al TJUE sobre la licitud, a la luz del Derecho de la Unión en materia de Derecho de la Competencia, de los acuerdos existentes entre ambas partes del litigio. Las preguntas fueron cuatro y en su respuesta el TJUE sigue en esencia la postura del Abogado General Wahl que en suma viene a considerar que una cláusula que, a fin de preservar la imagen de los productos de lujo de una empresa, impide a un distribuidor autorizado la utilización de un sitio web de terceros no viola el Derecho de la competencia si se cumplen ciertas condiciones.

2. Aspectos relevantes a considerar

5. Los tres aspectos nucleares a considerar en relación con la Sentencia recaída en el Asunto *Coty* serían: los acuerdos de distribución selectiva, la compatibilidad de una prohibición de utilización de determinadas plataformas de internet con el Derecho europeo protector de la libre competencia, así como la interconexión entre el Derecho de marcas, la imagen de marca, con el citado Derecho. Ha de adelantarse que el Tribunal no se pronuncia sobre todos los extremos de forma desarrollada y que se han de considerar otros pronunciamientos del TJUE para analizar la relevancia del aquí destacado, en particular, los Asuntos *Metro*¹², *Copad* y *Fabre* hasta llegar al actual.

II. Contratos de distribución selectiva y Derecho de la Competencia

6. Al abordar las modalidades de distribución integrada se alude a la distribución selectiva que atiende a las expectativas de los operadores de mantener un comercio especializado, sobre todo en cuanto a productos de calidad o alta tecnología, así como también a fin de preservar la imagen de lujo o

¹⁰ Apartado 15 STJUE Asunto *Coty*.

¹¹ STJCE, 13 de octubre de 2011, C-439/09, *Fabre*.

¹² STJCE de 25 de octubre de 1977, C-26/76, *Metro c. Comisión*.

prestigio¹³ de algunos productos. Este tipo de contratos o acuerdos han de ser analizados a la luz del Derecho protector de la libre competencia en la medida en que pueden suponer efectos restrictivos sobre la competencia y han de ser evaluados bajo los criterios del artículo 101 TFUE y las normas de desarrollo, en particular, el Reglamento 330/2010 relativo a los acuerdos verticales y prácticas concertadas.

7. Los Reglamentos de exención por categorías resultan fundamentales para evaluar este tipo de contratos o acuerdos¹⁴, como también lo son las Directrices dictadas para explicar los mismos. No en vano, entre las Directrices de este Reglamento están contemplados los principales problemas referidos a la utilización de las plataformas de internet.

8. En concreto, como se recordará, en las Directrices se menciona internet como herramienta “poderosa para llegar a un mayor número y diversidad de clientes que a los que se llegaría utilizando métodos de venta más tradicionales, y por esto ciertas restricciones sobre el uso de internet se tratan como restricciones a la venta o reventa”. En este contexto se consideran infracciones graves las restricciones a ventas pasivas (tener una página web se considera con carácter general venta pasiva), conteniéndose además en las Directrices algunos ejemplos concretos. Ahora bien, en ellas se afirma, por una parte, que una restricción del uso de internet por los distribuidores sería compatible con el Reglamento de Exención por Categorías de restricciones verticales en la medida en que la promoción por internet o el uso de internet llevarían a una venta activa por ejemplo en los territorios o grupos de clientes exclusivos de otros distribuidores¹⁵. Y, por otra parte, se contiene una afirmación importante a los efectos que ahora interesan en cuanto a considerar que un proveedor puede requerir niveles mínimos de calidad para el uso del sitio de internet con objeto de revender sus bienes, del mismo modo que el proveedor puede necesitar mínimos de calidad para un establecimiento o para vender por catálogo o para publicidad y promoción, en general. Y se añade que estos requisitos pueden ser pertinentes especialmente en el caso de la distribución selectiva¹⁶.

9. En este sentido, el TJUE se había pronunciado con anterioridad a propósito de que la distribución de productos de lujo requiere personas especializadas en prestar servicios específicos, en tanto que la imagen de lujo de esos productos se logra no solo por el producto en sí considerado sino también por los aspectos que rodean al mismo (se habla de “aura” o “imagen de prestigio”¹⁷). El Tribunal de Justicia ya consideró en el Asunto *Copad* que “las características y las modalidades propias de un sistema de distribución selectiva pueden, por sí mismas, preservar la calidad y asegurar el uso apropiado de dichos productos”¹⁸.

10. Pues bien, en el Asunto *Coty* el TJ, al afirmar que la distribución de productos de lujo requiere de la intervención de personas especializadas, en tanto que su imagen se logra no sólo por el producto en sí, sino por su presentación y que los sistemas de distribución selectiva pueden ser útiles a fin de “preservar su calidad y asegurar su uso apropiado”¹⁹, se estaría además aclarando una afirmación realizada en la Sentencia del Asunto *Pierre Fabre*²⁰ que había dado pie a considerar que el objetivo de

¹³ J. ARPIO, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GMBH*, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI: EU: C:2017:941], Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo, restricción de las ventas a través de plataformas en línea, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, Junio 2018, 329-332, esp. p. 329.

¹⁴ A. ARROYO, “Reglamentos de exención”, *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 59-94.

¹⁵ Apartado 53 Directrices.

¹⁶ Apartado 54 Directrices.

¹⁷ J. ARPIO, *CIT.*, p. 330.

¹⁸ STJCE de 23 de abril de 2009, as. C-59/08, *Copad*, apartado 28; citando a su vez a STJCE de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal*, C-31/80, Rec. p. 3775.

¹⁹ Apartado 28 SJUE as. *Coty*.

²⁰ STJUE de 13 de octubre de 2011, as. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*. Sentencia que suscitó numerosos comentarios. Entre otros: C. DE FAVERI, “The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre”, *Global Antitrust Review* 2014, pgs. 163-197; S. Enchelmaier, “Selective Distribution and the Internet: Lessons from Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (13 October 2011), *Competition on the Internet*”, *Surblytè G.* (eds), *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law*, vol. 23, Springer, 2015.

preservar una imagen prestigiosa de marca no podía justificar el establecimiento de un sistema de distribución selectiva. El Abogado General Wahl²¹ se refiere de hecho en las Conclusiones del asunto *Coty* a la oportunidad que tenía en este momento el TJUE de aclarar el alcance de la decisión recaída en el asunto *Fabre*, que había dado lugar a interpretaciones divergentes por parte de las autoridades nacionales de competencia y los tribunales.

En efecto, el TJ se preocupa en el asunto *Coty* de aclarar²² que la afirmación del asunto *Fabre* habría de ser interpretada en el contexto de dicha sentencia, siendo que en él no se dilucidaba sobre la conformidad del sistema, sino sobre una cláusula contractual. Dicha cláusula suponía una prohibición absoluta de vender en internet los productos objeto del contrato, así como habría de destacarse que se estaba ante productos cosméticos y de higiene corporal, pero no de lujo. En ese sentido, el TJ afirma ahora²³ que el apartado 46 de la Sentencia de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre* ha de entenderse en el marco de las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Justicia para proporcionar al tribunal remitente los elementos de interpretación. Y, lo más relevante, es que el TJ en el año 2011 consideró que la necesidad de preservar la imagen de prestigio de los productos cosméticos y de higiene corporal en cuestión no constituía una exigencia que justificara una prohibición absoluta de venta de esos productos a través de internet.

11. Ahora bien, de esa afirmación del asunto *Fabre* no cabe deducir –afirma el TJUE en *Coty*– una declaración taxativa a resultas de la cual la protección de la imagen de lujo “ya no podría justificar en lo sucesivo una restricción de la competencia, como la resultante de un sistema de distribución selectiva, respecto de todo producto –en particular, los productos de lujo–, y con ello modificar la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia”²⁴.

12. A partir de lo hasta aquí dicho el TJ considera²⁵ que un sistema de distribución selectiva de productos de lujo dirigido a preservar la imagen de prestigio de esos productos resulta conforme con el artículo 101, apartado 1, del TFUE siempre que: (i) los revendedores sean elegidos en virtud de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de modo uniforme respecto a todos los revendedores potenciales; y (ii) los criterios exigidos no traspasen la frontera de lo necesario.

Se recordará que en el Asunto *Metro* del año 1977 se asentaron lo que se ha conocido como los criterios de dicha Sentencia, que han sido seguidos en la actual Sentencia recaída en el as. *Coty*,²⁶ consistentes en que un sistema de distribución selectiva no sería contrario al actual artículo 101.1 TFUE si: (i) la naturaleza del producto requiere de una distribución selectiva para preservar su calidad y asegurar su uso correcto; (ii) los revendedores sean elegidos en condiciones uniformes y de forma no discriminatoria; y (iii) que los criterios no vayan más allá de lo necesario.

13. De las condiciones o requisitos se ocupan más detalladamente las Conclusiones del Abogado General (AG) Wahl. De hecho, el AG consideró que la interpretación dada por los procedimientos nacionales en primera instancia no era adecuada en tanto que al vendedor no se le impedía desde un primer momento solicitar a sus minoristas autorizados que vendieran productos en ciertas condiciones y ubicaciones, sea en sedes físicas o en sedes electrónicas. También afirma el AG²⁷ que la competencia de precios no es la única forma de competencia efectiva, pues “es sobre la base de esa premisa que deben considerarse los sistemas de distribución selectiva (basados en criterios cualitativos)”.

²¹ Conclusiones AG Wahl 26 de julio de 2017, as. C-230/16, *Coty*.

²² I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través de plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 22, 1 enero de 2018, se refiere a que se “matiza” la afirmación del asunto *Fabre*.

²³ Apartado 35 STJUE as. *Coty*.

²⁴ STC 136/2010, de 2 de diciembre.

²⁵ Apartado 36 STJUE as. *Coty*.

²⁶ A. CICALA, K. HAEGEMAN, R. CUFF, “From Metro to Coty: A story to be continued? The CJEU’s Judgmen in Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH”, *IAR*, n. 2(2017), pp. 99-111, esp. p. 100.

²⁷ Aps. 33 y 34 Conclusiones AG asunto *Coty*.

14. En efecto, desde la Sentencia *Metro* se ha reconocido la legalidad de los sistemas de distribución selectiva basados en criterios cualitativos pero objetivos (determinados de manera uniforme y aplicados de manera no discriminatoria, incluida la preservación de la imagen). Aún más, el AG añade que se ha venido aceptando de manera progresiva que los sistemas de distribución selectiva pueden incluso tener efectos positivos en la competencia: favoreciendo y protegiendo el desarrollo de la imagen de marca, especialmente en caso de artículos de lujo.

Entre marcas: “Constituyen un factor de fomento de la competencia entre los proveedores de productos de marca, a saber, la competencia intermarcas, pues permiten a los fabricantes organizar eficazmente la distribución de sus productos y satisfacer a los consumidores”²⁸. Por otra parte se señala, en relación con la competencia intramarca en caso de distribución selectiva que podría disminuirse tanto el número de distribuidores de los productos objeto del contrato como de la competencia intramarca, en particular, en términos de precios. Si bien añade el siguiente matiz: “cuanto más severos son los criterios de selección que impone el proveedor, más se expone este, debido a la reducción de la distribución de los productos que se deriva de este hecho, a una pérdida de mercado y de clientela. A menos que disponga de un «poder de mercado» significativo, el proveedor, cabecera de red, tendrá en principio que «autorregular» su comportamiento para ajustarse a las reglas de competencia”²⁹.

15. En el apartado 72 de sus Conclusiones el AG desarrolla la perspectiva del Derecho de Marcas, en una opinión que parece acertada. Se refiere al “aura de lujo” y “prestigio” antes referida que perciben los consumidores en los productos y derivada no sólo del aspecto material del producto en sí³⁰. En efecto, en el Asunto *Copad*, el TJUE, en el marco de un acuerdo de distribución de productos de lujo (de corsetería en el caso concreto), puso en conexión la concesión de una licencia con el ejercicio de los derechos de marca de *Dior*. De manera especial en cuanto a la puesta en circulación de los bienes por vez primera. En el Asunto *Coty prestige*³¹, el TJUE destacó que el carácter exclusivo del Derecho de marcas tiene como consecuencia que cada utilización de la marca sin el consentimiento del titular infringe el Derecho de marcas.

III. Compatibilidad con el Derecho Antitrust de la prohibición de comercializar en plataformas de internet

16. En el Asunto *Coty* el TJUE se plantea dar respuesta a la segunda pregunta prejudicial consistente en saber si la cláusula del contrato es o no contraria con el artículo 101, apartado 1, del TFUE. Se trata de averiguar si resulta adecuada al objetivo perseguido de preservar la imagen de lujo y de prestigio, así como si la prohibición excede de lo necesario para lograr ese objetivo.

17. En cuanto a si la cláusula del contrato se adecúa a preservar la imagen de lujo, el TJUE responde afirmativamente en la medida en que: (i) se persigue que el proveedor tenga la garantía de que los productos se vinculen exclusivamente a los distribuidores autorizados también en el marco del comercio electrónico; (ii) permite al proveedor llevar el control de que sus productos se venden en línea en un entorno que corresponde con las condiciones de calidad acordadas con sus distribuidores autorizados; y (iii) el que la venta en línea se efectúe en las tiendas de los distribuidores autorizados contribuye a la imagen de lujo que se busca lograr para los consumidores.

18. También observa el TJUE que la cláusula no va más allá de lo necesario en la medida en que la prohibición de venta en internet no es absoluta, sino que “los distribuidores autorizados pueden vender en línea los productos objeto del contrato tanto a través de sus propios sitios de Internet, si disponen

²⁸ Ap. 42 Conclusiones AG Wahl as. *Coty*.

²⁹ Ap. 44 Conclusiones AG Wahl as. *Coty*.

³⁰ STJUE de 23 de abril de 2009, C-59/08, *Copad*, apartados 24 a 28.

³¹ STJUE de 3 de junio de 2010, C-127/09, *Coty Prestige Lancaster Group*.

de un escaparate electrónico de la tienda autorizada y se preserva el carácter lujoso de los productos, como mediante plataformas de terceros no autorizadas si la intervención de éstas no es evidente para los consumidores³². El Tribunal aporta además datos estadísticos sobre comercio electrónico³³ conforme a los que el principal canal de distribución lo constituyen las tiendas en línea de los distribuidores y apunta a un dato relevante como es que, al no existir relación contractual entre el proveedor y las plataformas de terceros que permita exigir al proveedor que éstas cumplan las condiciones de calidad impuestas a sus distribuidores autorizados, “no cabe considerar que la autorización concedida a dichos distribuidores de recurrir a tales plataformas a condición de que éstas respondan a las exigencias de calidad predefinidas sea tan eficaz como la prohibición de la que se trata en el litigio principal”³⁴.

19. El TJUE concluye así que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, tal prohibición resulta lícita a la luz del artículo 101 TFUE, apartado 1. Todo ello siempre que la prohibición se establezca de forma uniforme, se aplique de forma no discriminatoria y sea proporcionada al objetivo perseguido.

20. El Tribunal examina las dos últimas cuestiones –tercera y cuarta- de forma conjunta. En ellas el órgano jurisdiccional alemán preguntaba, para el supuesto de que la cláusula estuviera comprendida en el ámbito de la prohibición del artículo 101, apartado 1, y hubiere de valorarse su posible exención con arreglo al apartado 3 del mismo artículo, si la prohibición de recurrir de manera evidente a terceras empresas para las ventas por internet podría considerarse una “restricción por objeto de la clientela del minorista” o una “restricción por objeto de las ventas pasivas a los usuarios finales”. Ambas restricciones son, como es conocido, consideradas graves conforme al artículo 4 del Reglamento 330/2010 de la Comisión y en virtud de cualquiera de ellas ya no cabría el beneficio de la exención por categorías³⁵. El TJUE considera que la prohibición no supone una restricción en la medida en que no se prohíbe recurrir a internet como medio de comercialización de los productos, ni tampoco supone una restricción de ventas pasivas en tanto que los distribuidores sí que pueden realizar publicidad en plataformas de terceros, así como pueden usar motores de búsqueda en línea, de manera que los consumidores pueden acceder a la oferta en línea de los distribuidores autorizados utilizando dichos motores. Téngase en cuenta, además, que esta conclusión del TJUE estaría en consonancia con el Informe final de mayo de 2017 de la Comisión respecto del Comercio electrónico³⁶ y que la consecuencia importante es que: una prohibición semejante no supone ni una restricción por objeto de la clientela ni una restricción de ventas pasivas.

21. En suma, es conforme al Derecho protector de la libre competencia europeo una cláusula que prohíbe a los distribuidores autorizados de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo dirigido, con carácter principal, a preservar la imagen de lujo de dichos productos recurrir de manera evidente a plataformas de terceros para vender en Internet los productos objeto del contrato. Y del desarrollo del TJ puede deducirse³⁷ que: (i) si se siguen las condiciones establecidas en el Asunto *Metro*, una prohibición que persiga preservar la imagen de lujo de un producto no violaría el artículo 101.1 del TFUE; (ii) la existencia de un sistema de distribución selectiva en sí mismo considerado no supone que se violen las normas de competencia si se cumplen las condiciones establecidas antes referidas y la naturaleza del producto requiera el uso del sistema, sin ir más allá de lo que es necesario para preservar la imagen de lujo, reconduciendo así a sus justos términos las conclusiones que podían extraerse del

³² Ap. 53 as. *Coty*.

³³ V. Informe final de 10 de mayo de 2017 resultante de la investigación en el sector del comercio electrónico de la Comisión Europea, en el que se identifican las prácticas empresariales que podrían restringir la competencia. COM(2017) 229 final.

³⁴ Ap. 56 as. *Coty*.

³⁵ R. WISH – D. BAILEY, *Competition Law*, 9 ed., Oxford, 2018, esp. pg. 677.

³⁶ Apartados 41 y 42 del Informe final de 10 de mayo de 2017 sobre Comercio electrónico. Textualmente en dicho informe se refieren además a la cuestión prejudicial planteada en el Asunto *Coty* y se afirma lo siguiente: “sin perjuicio de la remisión prejudicial pendiente, las conclusiones de la investigación sectorial revelan que las prohibiciones (absolutas) de los mercados virtuales no se deben considerar restricciones especialmente graves con arreglo a lo establecido en el artículo 4, letras b) y c), del RECAV”.

³⁷ P. IBAÑEZ COLOMO, “Case C-230/16, *Coty Germany GmbH*: common sense prevails”, *Chillin Competition Blog*.

Asunto *Fabre*; y (iii), el tal vez el más relevante, una prohibición como la arriba anunciada no es una restricción grave del artículo 4 del Reglamento de restricciones verticales si no limita las ventas pasivas o los clientes a los que el distribuidor pueda dirigirse.

22. En efecto, de las tres conclusiones antes apuntadas la última implica que una prohibición de utilización de plataforma de internet como la contenida en el supuesto no sería una restricción “por objeto” en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Y se ha considerado que de esa afirmación se deduciría que cuando se estuviera ante un supuesto similar en el que los productos fueran otros –no considerados de “lujo”–, se debería analizar caso por caso³⁸. Ahora bien, en la Sentencia no se apunta que pueda llegarse de lo anterior a la consideración de que una prohibición similar como la contenida en el supuesto no caería dentro de la consideración de restricción grave, con independencia de la naturaleza –“lujo” o “no lujo”– del producto³⁹. Y ello porque en la STJUE falta una aclaración o desarrollo mayor a propósito de la delimitación de los productos de lujo, puesto que por otra parte tampoco se contenía una pregunta al respecto en el planteamiento de la cuestión prejudicial.

IV. Interrelación con la jurisprudencia sobre marcas

23. En el asunto *Copad* en el que el TJUE se ha basado en parte se recordará que el Tribunal sostuvo que el titular de una licencia violaría el derecho de marca si se dañaba el aura de lujo y prestigio de la marca. Y de manera similar se pronunció el TJUE en el asunto *Coty Prestige* antes citado⁴⁰ en el que se sostenía que un uso de marca contrario al consentimiento del titular equivaldría a una violación del derecho de marca. En el asunto actual *Coty* el TJUE no se pronuncia respecto de los aspectos de marca de forma concreta, si bien las razones que fundamentaron las anteriores decisiones se mantienen en parte en el actual pronunciamiento.

24. Y ello porque, según el TJUE deja entrever, de forma más clara en las Conclusiones del AG Wahl, el “aura de lujo” de determinados productos queda salvaguardada no sólo por la marca sino también por las normas de competencia.

En este sentido habrían de entenderse las afirmaciones del AG al referirse a la finalidad de las normas de competencia que promueven la eficiencia económica y, en último término el bienestar de los consumidores, en tanto que no se contempla la competencia basada en los precios como único modelo posible. Aún más, se considera que existen exigencias legítimas tales como el mantenimiento de un comercio especializado capaz de prestar servicios para productos de gran calidad.⁴¹

³⁸ P. IBAÑEZ COLOMO, *cit.*

³⁹ V. opinión de P. IBAÑEZ COLOMO, *CIT. AL CONSIDERAR QUE SÍ QUE DEBERÍA CONCLUIRSE ASÍ.*

⁴⁰ V. párrafo 15 *supra*.

⁴¹ Apartados 32 y 33 Conclusiones AG Wahl.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. ASUNTO
VINCULADO CON SUIZA Y ESPAÑA. COMENTARIO
DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
PONTEVEDRA (SECCIÓN 1ª) NÚM. 52/2018, DE 17 DE ABRIL

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION. CASE RELATED
WITH SWITZERLAND AND SPAIN. COMMENT ON THE
JUDGMENT OF THE SPANISH COURT OF APPEAL OF
PONTEVEDRA (SECTION 1) NUMBER 52/2018 OF 17th APRIL

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universitat de València*

Recibido: 17.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4638>

Resumen: Sustracción internacional a España de menor residente en Suiza en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Discrepancia sobre la residencia habitual del menor. No se aprecian motivos de no retorno.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, Convenio de La Haya sobre sustracción, Convenio de La Haya sobre responsabilidad parental y protección de menores, residencia habitual

Abstract: International abduction to Spain of a minor residing in Switzerland under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980. Discrepancy about the habitual residence of the minor. No grounds for return denial are appreciated.

Keywords: international child abduction, Hague Convention on Child Abduction, Hague Convention on parental responsibility and measures of the protection of children, habitual residence

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Consideraciones jurídicas. 1. La aplicación al presente asunto del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. 2. La residencia habitual en la sustracción internacional de menores. 3. La denegación del retorno en la sustracción internacional de menores. IV. Valoración final.

I. Introducción

1. La Audiencia Provincial de Pontevedra estimó el 17 de abril de 2018 un recurso de apelación en un asunto sobre la sustracción internacional de un menor vinculado con Suiza y España, dos países contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹. En el mismo se plantea la eventual sustracción del menor por parte del padre desde Zúrich a Vigo, en el marco de una familia conformada por un hombre y una mujer inscritos como pareja

¹ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

de hecho en la provincia de Pontevedra. Estos hechos serán ampliados en el presente comentario en el apartado segundo (II) y a continuación se analizarán determinadas consideraciones jurídicas extraídas de la lectura de la sentencia (III), como son 1. La aplicación al presente asunto del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, 2. La residencia habitual en la sustracción internacional de menores, y 3. La denegación del retorno en la sustracción internacional de menores. Finalizaremos este comentario con una valoración.

II. Hechos

2. La sentencia objeto de comentario recoge en el Fundamento de Derecho segundo los hechos del asunto que no son controvertidos, los cuales parten del nacimiento del menor en Vigo en 2015. El mismo ostenta la nacionalidad española, al igual que sus padres, quienes, como adelantábamos en la introducción, se encuentran inscritos en el registro de parejas de hecho de la provincia de Pontevedra desde el 20 de abril de 2015. La convivencia de la pareja finalizó en agosto de 2016. El menor residió en España desde su nacimiento, donde consta su matrícula en distintas escuelas infantiles, hasta que la madre lo trasladó el 20 de diciembre de 2016 a Zúrich.

3. En enero y julio de 2017 el padre solicitó la adopción de distintas medidas relacionadas con la pareja y dicho traslado. Sin embargo, se le notificó, primero, en relación con la demanda *more uxorio* que no era posible practicar la comisión rogatoria para emplazamiento de la demandada puesto que para ello era necesario conocer la dirección exacta y el cantón suizo y, segundo, por lo que respecta a la denuncia interpuesta por sustracción de menor, el sobreseimiento de las diligencias por la falta de concurrencia de los elementos del tipo penal dado que por entonces no existía resolución judicial que atribuyese la custodia a ningún progenitor. El 12 de enero de 2018 el padre viajó a Suiza para visitar a su hijo, trasladándolo a España la madrugada del día 14 sin contar con el consentimiento de la madre. El 16 de enero compareció ante el Juzgado de Guardia para comunicar que el menor se encontraba en España.

4. Acontecidas las circunstancias anteriores, que, como señalábamos, no son controvertidas, la madre solicitó ante los tribunales españoles la restitución inmediata del menor a Suiza, país que, argumentaba, constituyó su última residencia habitual, instando a que se declarara ilícito el traslado del menor por su padre a España. El demandado se opuso a la restitución alegando que la madre se había llevado previamente al menor a Suiza sin su consentimiento.

5. Con fecha 8 de marzo de 2018, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por la madre. Tras la práctica de la prueba previamente admitida, el tribunal consideró que no había existido un traslado ilícito por parte del padre en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores por cuanto para ello la madre debería tener atribuido el derecho de custodia vulnerado, lo que no se consideraba en este caso pues, previamente, la misma se había llevado al menor de España a Suiza sin el conocimiento ni el consentimiento del padre, el cual era necesario -o en su defecto autorización judicial- para llevar a cabo dicho traslado. El tribunal de instancia tampoco considera por esta misma razón que el menor tenga su residencia habitual en Suiza.

6. Disconforme con dicho fallo, la madre interpone recurso de apelación alegando la incorrecta aplicación del Convenio de La Haya sobre sustracción, sosteniendo que decidió irse a vivir a Suiza seis meses después de romper la relación de pareja con el demandado, tras avisarle de tal intención y sin que él le manifestara su oposición de manera expresa. Considera además que esta decisión estuvo justificada por el interés del menor, trasladando a Suiza su residencia, que, en el momento de los hechos que se denuncian, era su residencia habitual. A este recurso se oponen tanto el demandado como el Ministerio Fiscal.

III. Consideraciones jurídicas

7. Descritos los hechos, analizaremos a continuación las consideraciones jurídicas que hemos considerado más relevantes tras una detenida lectura de la sentencia objeto de comentario.

1. La aplicación al presente asunto del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores

8. De acuerdo con el artículo 1 del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores, la finalidad del mismo es doble y consiste en a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás. Partiendo de esta base, la aplicación del Convenio a un asunto en particular dependerá fundamentalmente de tres presupuestos básicos: 1) que el asunto se vincule con dos estados contratantes; 2) que el menor al que hace referencia cumpla con los parámetros exigidos en el mismo; y 3) que el traslado o retención del menor se consideren efectivamente ilícitos en cumplimiento de los requisitos establecidos en el propio texto.

9. Comenzando con el primero de los presupuestos, cabe advertir que para ser aplicado al asunto en cuestión el Convenio ha de estar vigente en los países de origen y destino de la sustracción. En el momento de escribir estas líneas los países vinculados por el mismo ascienden a noventa y nueve, incluyendo Suiza y España, en los que entró en vigor el 1 de enero de 1984 y el 1 de septiembre de 1987 respectivamente². Este Convenio ha sido ampliamente ratificado a nivel mundial constituyendo uno de los textos más exitosos de cuantos han sido adoptados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Cuenta con eficacia *inter partes*, de ahí que su extenso ámbito de aplicación geográfico redunde en un mayor éxito del sistema de cooperación de autoridades que diseña, las denominadas Autoridades Centrales, que se comunican con el objetivo de que la restitución del menor se produzca de la forma más satisfactoria y rápida posible³.

10. Cumplida la premisa anterior, resulta necesario señalar, además, que el Convenio sobre sustracción delimita el perfil del menor sujeto de protección con base en dos elementos: su lugar de residencia y la edad máxima que puede haber alcanzado. De este modo, en virtud del artículo 4, el Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, dejando de aplicarse cuando alcance la edad de dieciséis años. Nos detendremos más adelante en la determinación de dicha residencia habitual, la cual, ya lo adelantamos, no siempre será fácil de concretar. Lo que sí queda meridianamente claro a la luz de lo establecido en dicho precepto es que no se deberán aplicar los criterios nacionales (sustantivos o de conflicto de leyes) para determinar quién ha de ser considerado “menor” a los efectos de la aplicación de este Convenio, ya que de acuerdo con esta norma, lo será el que tenga menos de dieciséis años.

11. Finalmente, un tercer presupuesto de aplicación a destacar se refiere al cumplimiento de los elementos exigidos por el artículo 3 del Convenio para considerar si el traslado o la retención del niño son efectivamente ilícitos. De acuerdo con el mismo, se considerarán ilícitos si se dan dos circunstancias de forma cumulativa: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia⁴ atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al

² Puede consultarse la situación actual de las ratificaciones en (última consulta el 3.1.2018): <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

³ Explica el modelo de cooperación del Convenio I. REIG FABADO, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, p. 248.

⁴ Nótese que de la interpretación conjunta de los artículos 4 y 21 del Convenio sobre sustracción se extrae que la protección del mismo se extiende asimismo a un derecho de visita eventualmente infringido. Artículo 21.I: “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”.

Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención (el derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado); y, además, 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. En resumen, retomando el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia analizada, “el Convenio exige un doble elemento: de un lado, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de residencia habitual del menor, y de otro, el ejercicio efectivo de dicha custodia antes del traslado o retención”.

12. La aplicación de esta norma al caso que nos ocupa, sobre todo de la primera condición, plantea dos problemas principales. Primero, establecer a qué progenitor corresponde la custodia a los efectos de su aplicación, aunque en caso de controversia se dilucide “el fondo del asunto” –la custodia en un procedimiento distinto⁵. Y segundo y vinculado con el anterior, determinar dicha custodia “con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”, cuando precisamente el lugar de su residencia habitual es una cuestión controvertida. Ahondaremos sobre esta última cuestión en el siguiente apartado del presente comentario, centrándonos en este momento en la concreción de la custodia del menor para aplicar las condiciones del artículo 3 del Convenio de 1980. El Tribunal señala en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia –sin argumentar jurídicamente por qué procede a realizar este análisis ni cómo llega a ese convencimiento– que “ya se considere residencia habitual del menor España o Suiza”, tanto el ordenamiento jurídico español como el suizo atribuyen la patria potestad conjunta a los padres, dentro de la cual se incardina el derecho a elegir el lugar de residencia, que debe hacerse de común acuerdo o, en su defecto, con autorización judicial. También en el Fundamento de Derecho cuarto se señala que “A salvo una prueba más detallada sobre el derecho civil suizo en esta materia, no se ha controvertido que el régimen de patria potestad, su ejercicio conjunto por ambos progenitores, y en concreto la necesidad de su acuerdo para decidir el lugar de residencia, es similar al español, de forma que para alterar la situación de la residencia habitual en Suiza en los términos antes expuestos a los efectos de los Convenios de La Haya citados, era necesario el acuerdo de ambos progenitores o, en su defecto, autorización judicial”. Por lo tanto, aun sin esclarecer cuál sería el Derecho aplicable a esta cuestión ni cómo o por quién se ha probado en este asunto el Derecho suizo⁶ -actuación manifiestamente mejorable-, el Tribunal considera que el consentimiento de ambos era necesario para el traslado.

2. La residencia habitual en la sustracción internacional de menores

13. La residencia habitual de un menor puede ser una de las cuestiones más complejas de determinar en los asuntos vinculados con diversos países, siendo, al mismo tiempo, un aspecto crucial en los casos sobre responsabilidad parental y sustracción internacional de menores ya que se trata de la conexión prevalente en los instrumentos reguladores de este sector. Lo hemos visto en este mismo asunto a la hora de aplicar el Convenio de La Haya sobre sustracción, pero también deviene esencial en la aplicación del Convenio de La Haya 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 en La Haya el 19 de octubre de 1996⁷ (aplicable en las relaciones con Suiza), así como en el contexto del Reglamento nº 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (el llamado Reglamento

⁵ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, p. 86.

⁶ Véase sobre el régimen de la aplicación de Derechos extranjeros en España desde la reforma de 2015 C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “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.

⁷ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010. Convenio vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 2011, así como en Suiza desde el 1 de julio de 2009. Información disponible en la Página Web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (consultado el 13 de enero de 2019): <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

Bruselas II bis)⁸, que acertadamente señala la sentencia que no resulta de aplicación a este asunto al no ser Suiza Estado parte de la Unión Europea.

14. Ninguno de los instrumentos anteriores define la residencia habitual, lo que parece una decisión acertada dada la gran casuística existente en esta materia y la conveniencia, por tanto, de valorar cada caso atendiendo a las particulares circunstancias fácticas. Ahora bien, esta postura también presenta un lado negativo que se concreta en dos aspectos. En primer lugar, la dificultad añadida que supone para los operadores jurídicos la determinación de la residencia habitual caso por caso. En segundo lugar, las interpretaciones divergentes de este concepto en los Estados contratantes del Convenio, lo que no favorece la previsibilidad ni la aplicación unitaria del mismo, pudiendo dar lugar al tratamiento desigual de asuntos con idéntico perfil. De hecho, se ha advertido cómo los Estados parte del Convenio sobre sustracción han puesto el foco en aspectos distintos para determinar la residencia habitual. Mientras algunos se han centrado exclusivamente en la figura del menor, otros han considerado principalmente la intención de los padres y un tercer grupo de países ha adoptado un enfoque combinado teniendo en cuenta los dos elementos anteriores⁹.

15. En el ámbito de la Unión Europea, aunque el caso que nos ocupa escape de su alcance, resulta necesario mencionar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha permitido armonizar los criterios utilizados para acotar la residencia habitual del menor, si bien siempre con base en la valoración de los aspectos fácticos relevantes en cada asunto. La residencia habitual ha de interpretarse como el lugar donde el menor tenga “cierta integración” en un entorno social y familiar. Por ello, resultaría pertinente considerar aspectos como la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio, así como los motivos del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, sus conocimientos lingüísticos o las relaciones familiares. En el caso de un lactante que se encuentra con su madre tan solo unos días antes de haber sido trasladado a otro Estado miembro distinto del Estado de su residencia habitual, debe considerarse, por un lado, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia y del traslado y, por otro lado, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales de la madre y el menor en dicho Estado¹⁰.

16. En el presente asunto, la Audiencia Provincial considera, a diferencia de la sentencia de instancia, que es indudable que el niño residía en Suiza, con base en distintos factores. Primero, porque fue allí donde fue llevado por su madre, lo que ha sido comprobado por el propio demandado. Segundo, porque fue allí a donde viajó el padre para traerlo nuevamente a España, sin que exista dato alguno que haga pensar que el menor residió en otro país. Además, considera que fue precisamente en Suiza donde se encontró arropado en un marco familiar al residir allí su abuela, un tío y una prima. Pero lo más relevante, continúa, es que es en Suiza donde ha residido con su madre, no solo durante este tiempo sino también antes, cuando cesó la convivencia de los progenitores en agosto de 2016, cuando el menor, que contaba casi un año y medio de edad, quedó al cuidado de su madre durante varios meses, hasta que en diciembre de ese año fue trasladado a Suiza por esta, con la que siguió conviviendo algo más de un año hasta que el padre lo trajo nuevamente a España. Es decir, el Tribunal considera que “la integración con su madre y con la familia de esta en Suiza estaba consolidada, no pudiendo exigirse nada más en relación a una integración cuando de menores de corta edad se trata, cuyo mundo relacional se centra esencialmente en las personas bajo cuya guarda se encuentran” (Fundamento de Derecho quinto).

⁸ DOUE L 338, de 23 de diciembre 2003.

⁹ Información disponible en Análisis de jurisprudencia INCADAT (consultado el 13 de enero de 2019): <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>.

¹⁰ Recoge estos criterios M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 510 y 512.

3. La denegación del retorno en la sustracción internacional de menores

17. Tal y como advertimos anteriormente y procede recordar en este momento, el artículo 1 del Convenio de La Haya sobre sustracción contempla como finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante. La filosofía de este instrumento convencional es meridianamente clara: el menor ha de ser devuelto cuanto antes al lugar del que ha sido sustraído (el de su residencia habitual), sin demora, con celeridad, y sin cuestionar en esta fase los derechos de custodia y visita, esto es, sin entrar en el fondo del asunto, ya que estas cuestiones deberán dilucidarse en un proceso diferente. De esta idea se extrae la importancia del factor tiempo, lo que se traduce principalmente en el establecimiento de procedimientos expeditivos, aunque no siempre se cumplan en la práctica. La urgencia impuesta por el sistema persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el niño (en definitiva, todas las decisiones deben basarse en el principio del interés superior del 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.

18. Si bien el modelo del Convenio de La Haya sobre sustracción gira en torno a la restitución inmediata del menor, el propio texto establece que en determinadas circunstancias, que deben ser interpretadas de manera restrictiva, esta podrá no ordenarse. Así, señala el artículo 12 que aunque hubiere transcurrido un año desde el traslado ilícito a otro país, se deberá ordenar la restitución del menor “*salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente*”, lo que puede conllevar la denegación de esta solicitud¹¹. También el artículo 20 en relación con el 12 establece que la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. El artículo 13 añade, además, que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si se demuestra que a) el derecho de custodia no se ejercía de modo efectivo en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo ponga en una situación intolerable¹². Junto con ello, si el menor ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta su opinión, la autoridad podrá asimismo negarse a ordenar su restitución si este se opone.

19. A la hora de valorar la eventual restitución del menor de España a Suiza, la Audiencia Provincial de Pontevedra considera principalmente que el menor está integrado en Suiza y no en España (por lo que no se constata esta excepción de no retorno del artículo 12) y además que los problemas de la madre con el alcohol no han colocado al menor en una situación de riesgo (por lo que tampoco se considera aplicable la excepción del artículo 13). Junto con lo anterior, no considera justificado que el padre procediera a sustraer al menor a España aduciendo que la madre lo había sustraído previamente al llevarlo a Suiza sin su consentimiento, ni siquiera aceptando que aquella conducta fue también objeto de un traslado ilícito ya que “una inicial sustracción ilícita, mantenida en el tiempo, genera, cuando se crea una situación de estabilidad, un estado también protegible por el ordenamiento, especialmente cuando trasluce una defensa del interés del menor, que no está viciado por aquella inicial sustracción ilícita” (Fundamento de Derecho cuarto).

20. Por todo lo anterior, analizados los hechos expuestos, atribuida la facultad de decidir sobre la residencia del niño a ambos progenitores -independientemente del Derecho regulador de esta cuestión y de cómo tendría que haber sido probado ante el juez- y constatada la integración del menor en Suiza y su consecuente residencia habitual en este país, el Tribunal declara que el traslado efectuado por el padre desde Zúrich a Vigo fue ilícito, procediendo la restitución del menor a la madre para su retorno a Suiza.

¹¹ Estudia esta causa J. FLORES RODRÍGUEZ, “La integración en el nuevo medio como causa de denegación de la restitución en la sustracción internacional de menores”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 10, 2016.

¹² Analiza esta causa E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 35, 2018, pp. 8 y ss.

IV. Valoración final

21. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra objeto de este comentario evidencia una vez más las cuestiones principales que subyacen tras las disoluciones de las parejas internacionales con hijos menores. La pareja que se disuelve presenta vínculos con diversos países y no siempre llega a acuerdos sobre la determinación del lugar de residencia de los hijos comunes, dando lugar, en ocasiones, a su traslado a otro país sin el consentimiento del otro progenitor, como ha ocurrido en este asunto en dos ocasiones en poco tiempo. Cuando se dan estas circunstancias, los instrumentos reguladores de la sustracción internacional de menores, y en particular el Convenio de La Haya de 1980, juegan un papel primordial con el fin de minimizar los efectos negativos sobre el niño y evitar su integración en un nuevo medio. En definitiva se persigue el respeto del principio del interés superior del menor, que en este contexto se considera que pasa como regla general por que retorne con celeridad al lugar de su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención, dejando para un procedimiento diferente la concreta determinación de la custodia.

22. Ahora bien, aun siendo clara la finalidad perseguida, no siempre resulta sencilla de implementar en la práctica. En ocasiones no va a ser fácil determinar la residencia habitual del menor, teniendo el operador jurídico que valorar caso por caso al no existir un concepto legal en los instrumentos internacionales mencionados. Otras veces se podrán constatar situaciones que justifiquen que no se ordene la restitución, lo que exigirá un estudio exhaustivo de las circunstancias particulares que conduzcan a apoyar esta decisión. Todo ello independientemente de la atribución de los derechos de custodia y visita, que se resolverán en otro proceso de conformidad con el Derecho que resulte pertinentemente aplicable, una cuestión que, como se ha advertido, ha sido resuelta de forma deficiente en la sentencia analizada.

RES IUDICATA Y DIVORCIO INTERNACIONAL:
NOTA AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO
DE 7 DE MARZO DE 2018

RES IUDICATA AND INTERNATIONAL DIVORCE:
COMMENTARY TO THE JUDGMENT ISSUED BY THE
PROVINCIAL COURT OF TOLEDO OF MARCH 7, 2018

ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cádiz*

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4639>

Resumen: El Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 7 de marzo de 2018 resuelve dos cuestiones relativas (1) a los requisitos para que una sentencia de divorcio obtenida en Marruecos tenga el efecto de *res iudicata* en España y (2) a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer del divorcio. El autor del comentario discrepa del razonamiento utilizado por la Sala, al omitir la aplicación al caso del Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997 y del Reglamento (UE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre (RB II-bis).

Palabras clave: *Res Iudicata*, divorcio internacional, Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997, Reglamento (UE) núm. 2201/2003 (RB II-bis).

Abstract: The judgment rendered by the Provincial Court of Toledo of March 7, 2018 resolves two questions regarding (1) the requirements of a divorce judgment obtained in Morocco to having the effect of *res iudicata* in Spain and (2) the jurisdiction of Spanish courts to hear the divorce case. The author of the comment disagrees with the reasoning used by the Court by omitting the application to the case of the Hispano-Moroccan Agreement of May 30, 1997 and the Regulation (EU) no 2201/2003, of November 27 (Brussels II-bis).

Keywords: *Res Iudicata*, international divorce, Hispano-Moroccan Agreement of May 30, 1997 and Regulation (EU) no 2201/2003 (Brussels II-bis)

Sumario: I. Litigio principal y cuestiones planteadas. II. Análisis del razonamiento seguido por la Audiencia Provincial de Toledo. III. Respecto del efecto de *res iudicata* en España de una sentencia de divorcio obtenida en Marruecos. 1. El reconocimiento en España de una sentencia marroquí de divorcio. 2. El efecto de *res iudicata* en España de una sentencia extranjera de divorcio. A) La doctrina de la *res iudicata*. B) Efectos derivados de sentencias extranjeras de divorcio no reconocidas. IV. Respecto de la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio.

I. Litigio principal y cuestiones planteadas

1. El Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 7 de marzo de 2018 (en lo sucesivo AAPTO)¹ se dicta en el seno de un procedimiento de divorcio contencioso entre dos litigantes de nacionalidad marroquí, residentes en España en el momento de interposición de la demanda, si bien con posterioridad el demandado en el litigio principal cambió su residencia habitual a Marruecos.

2. La resolución objeto de comentario estima un recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 18 de febrero de 2016 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Illescas, en cuya parte dispositiva se acordó dar por terminado de oficio el procedimiento por carencia sobrevenida de objeto debido a la existencia de una previa sentencia de divorcio entre los litigantes dictada por los tribunales de Marruecos a la que atribuye el efecto de cosa juzgada.

3. En el AAPTO se plantean dos cuestiones diferentes: (i) los requisitos para que una sentencia de divorcio obtenida en Marruecos tenga el efecto de *res iudicata* en España; y (ii) la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio. Analizaremos ambas cuestiones por separado.

4. Mediante la primera cuestión, la recurrente plantea la falta de aportación del original de la sentencia extranjera y la ausencia de homologación por la vía legalmente vigente en España para el reconocimiento y ejecución de una sentencia obtenida en Marruecos. Frente a ello, la parte apelada esgrime como argumento que la sentencia de Marruecos es firme y, en consecuencia, despliega el efecto de cosa juzgada.

5. Mediante la segunda cuestión, la recurrente alega la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio con base en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ) argumentando que a la fecha de interposición de la demanda (julio de 2014) ambos litigantes residían en España. Por su parte, la oposición al recurso mantiene la falta de jurisdicción de los tribunales españoles al ser ambos litigantes de nacionalidad marroquí y residir él en Marruecos desde hace dos años, debiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo LEC).

II. Análisis del razonamiento seguido por la Audiencia Provincial de Toledo

6. En el Fundamento Jurídico Segundo del Auto, la Audiencia Provincial entiende que la resolución apelada no es conforme a Derecho (i) por cuanto para la terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto el artículo 22.2 LEC exige la celebración de una vista contradictoria que en el caso de autos no ha tenido lugar; y (ii) debido a que la sentencia marroquí no goza en España del efecto de *res iudicata*².

7. Entre los argumentos para negar el efecto de cosa juzgada a la sentencia extranjera, la Audiencia enumera (i) la falta de aportación del original de la sentencia; (ii) la falta de copia autenticada o apostillada; (iii) la falta de acreditación de la firmeza de la resolución extranjera; y (iv) la aportación de una traducción de la sentencia por intérprete de Tánger no oficial en España.

8. Por todo ello, la Audiencia concluye que procede estimar el recurso debido a que “*el auto apelado es incorrecto en cuanto a los motivos y forma por los que se ha adoptado, debiendo seguir la causa adelante sin perjuicio de la eficacia que pudiera tener en su día la sentencia que alega la parte demandada, de reunir su aportación en el futuro los requisitos para que tenga efectos ante un órgano judicial español, aportación del documento en debida forma y con todos sus requisitos para ello que podría haber por el artículo 752 de la LEC en cualquier momento*”.

¹ ECLI:ES:AUTO:2018:83A. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

² En este comentario nos referiremos exclusivamente a los argumentos expuestos en el AAPTO respecto de este segundo motivo, por su interés desde el punto de vista del Derecho procesal internacional.

9. En el Fundamento Jurídico Tercero del Auto, la Audiencia Provincial entiende que los tribunales españoles tienen competencia para conocer del divorcio por un triple motivo: (i) que el demandado no planteó esta cuestión en primera instancia y la plantea por vez primera en segunda instancia; (ii) que el demandado contestó la demanda aceptando la jurisdicción; y (iii) que el artículo 22 LOPJ establece la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del divorcio si ambos, siendo extranjeros, residen en España en el momento de interposición de la demanda.

10. La Audiencia concluye que, en el caso de autos, “no puede apreciar falta de jurisdicción internacional de oficio, pues no consta que el tribunal español que tramita aquella demanda no tenga competencia para conocer del asunto según lo que hasta ahora y a estas alturas consta sin perjuicio de lo que pueda decidirse cuando realmente conste una circunstancia que permita por el artículo 38 LEC decidir en otro sentido que lo es tan pronto sea advertida la falta de jurisdicción y aun cuando antes no se hubiera apreciado dicha circunstancia si bien ello ahora no consta ni se advierte”.

III. Respecto del efecto de *res iudicata* en España de una sentencia de divorcio obtenida en Marruecos

11. Como se ha señalado, entre los argumentos invocados por la Audiencia de Toledo para negar el reconocimiento de la sentencia dictada en Marruecos enumera (i) la falta de aportación del original de la sentencia; (ii) la falta de copia autenticada o apostillada; (iii) la falta de acreditación de la firmeza de la resolución extranjera; y (iv) la aportación de una traducción de la sentencia por intérprete de Tánger no oficial en España. Para fundamentar su decisión, la APTO no menciona la norma en que apoya su razonamiento ni cuál es el régimen que debería seguirse en España para el reconocimiento de una sentencia marroquí de divorcio.

1. El reconocimiento en España de una sentencia marroquí de divorcio

12. En primer lugar, hemos de indicar que las resoluciones de divorcio dictadas por los tribunales marroquíes se reconocen en España conforme a los requisitos y trámites del Convenio bilateral de 30 de mayo de 1997 sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos³. Los trámites procesales por seguir para el procedimiento de reconocimiento y ejecución son los previstos en este Convenio bilateral⁴. Este instrumento acoge un sistema de reconocimiento por homologación judicial para el que resulta competente en España el Juzgado de Primera instancia. Ello significa que no se trata de un reconocimiento incidental, sino que para invocar el efecto de cosa juzgada previamente debe haberse obtenido el reconocimiento por homologación de la sentencia extranjera⁵.

13. Los requisitos para el reconocimiento de sentencias marroquíes de divorcio en España se recogen en el artículo 23 del Convenio bilateral que indica que “*las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa, dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de España y Marruecos, respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado, si reúnen las condiciones siguientes:*

1. *La resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada;*
2. *Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes;*

³ BOE núm. 151/1997, de 25 junio 1997, en vigor el 1 julio 1999.

⁴ Así, entre otras, SAP Madrid 22 junio 2001 (AC 2001\1539), AAP Madrid 13 febrero 2002 (JUR 2002\148661) y SAP Murcia 12 mayo 2003 (AC 2003\1676).

⁵ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 407-408.

3. *La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada;*
4. *La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo. Tampoco deberá ser contraria a una resolución judicial dictada en ese mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada;*
5. *Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse.”*

14. En cuanto a la documentación a aportar por la parte que invoque la autoridad de cosa juzgada de una resolución judicial, el artículo 28 del Convenio hispano-marroquí enumera los siguientes:

- “1. *Una copia de la resolución que reúna todas las condiciones necesarias para su autenticidad;*
2. *El original del documento de notificación de la resolución;*
3. *Una certificación del Secretario del tribunal que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso ni de apelación;*
4. *Una copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía.”*

15. Si bien el artículo 28 del Convenio omite la exigencia de traducción de los documentos, esta obligación se recoge con carácter general en el artículo 42 del citado instrumento, que establece que “*los documentos que deban ser notificados (...) deberán estar redactados en la lengua de la Parte de la autoridad requerida o ir acompañados de una traducción en lengua francesa.*” El artículo 43 añade que “*las traducciones serán legalizadas por la autoridad competente de ambos Estados.*”

16. No obstante, la Audiencia de Toledo no resuelve cuál es el régimen de reconocimiento en España de una sentencia marroquí de divorcio, sino el efecto de cosa juzgada en nuestro país de la resolución judicial obtenida en Marruecos como motivo de denegación de un divorcio instado ante los órganos judiciales españoles.

2. El efecto de res iudicata en España de una sentencia extranjera de divorcio

A) La doctrina de la res iudicata

17. La doctrina de la *res iudicata* o efecto de cosa juzgada material supone un principio general de Derecho vinculado al de seguridad jurídica conforme al cual una previa resolución judicial vincula a un segundo procedimiento entre las mismas partes y con el mismo objeto. Siendo una doctrina recogida en nuestra tradición jurídica de *civil law* desde el Derecho romano⁶, ha sido adoptada de manera similar en los países del *common law*⁷, si bien en Derecho inglés sus efectos preclusivos se asimilan al producido por otras figuras afines⁸.

18. Aunque carecemos de una calificación autónoma en Derecho internacional privado sobre lo que ha de entenderse por *res iudicata* internacional, existe unanimidad para entender que entre los requisitos que deben darse para la existencia de *res iudicata* se encuentran que el proceso debe ser (i) entre las mismas partes, (ii) con identidad de objeto y (iii) de causa de pedir. En caso diferente, no puede darse el efecto de cosa juzgada⁹.

⁶ JUSTINIANO, *Digesto*, libro 50, capítulo 17, que recoge el aforismo “*res iudicata pro veritate accipitur*”.

⁷ Vid. P. BARNETT, *Res Iudicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 8.

⁸ Tales como *estoppel*, *doctrine of merger* y *Henderson rule*. Al respecto, vid. J. ZARZALEJOS HERRERO, “Análisis comparado de la cosa juzgada en Derecho inglés”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 489-509.

⁹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 162.

19. La *res iudicata* o efecto de cosa juzgada material se distingue del efecto documental y del efecto registral de las resoluciones extranjeras divorcio que hayan sido reconocidas en España¹⁰. Puede definirse como el “conjunto de efectos vinculantes que ciertas resoluciones judiciales firmes producen sobre procesos (y tribunales) distintos y posteriores a aquel en que se dictaron (art. 222 LEC). Presenta dos vertientes o funciones. La función negativa o excluyente (*non bis in idem*) impide el enjuiciamiento de un segundo proceso con el mismo objeto de un proceso anterior que ya fue decidido por sentencia firme sobre el fondo. La función positiva o prejudicial vincula al tribunal de un segundo proceso de cuyo objeto formen parte cuestiones ya decididas en una anterior sentencia firme, siempre que las partes sean las mismas”¹¹.

20. En Derecho español el artículo 222.1 LEC establece que “la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.” La *res iudicata* puede apreciarse de oficio al tratarse de una cuestión de orden público¹², aunque puede invocarse de parte a través de la excepción de cosa juzgada, que debe interponerse necesariamente en los procesos ordinarios en el escrito de contestación a la demanda y que debe ser resuelta en el acto de la audiencia previa al juicio (artículo 416.1.2º LEC).

21. Resulta de interés señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 421.1 LEC, “cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento.” Si así lo entendía el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Illescas, no debió dictar un auto dando por terminado de oficio el procedimiento por carencia sobrevenida de objeto, sino un auto de sobreseimiento.

B) Efectos derivados de sentencias extranjeras de divorcio no reconocidas

22. Es abundante la jurisprudencia española que mantiene la desestimación de la excepción de cosa juzgada en procedimientos contenciosos de divorcio por no haber obtenido previamente el reconocimiento por homologación de la sentencia extranjera¹³. Resultan en cambio menos pacíficas dos cuestiones: (i) la posibilidad de iniciar o continuar procedimientos de divorcio ante tribunales españoles entre partes respecto de las cuales ya existe una previa sentencia dictada por un tribunal extranjero, que no ha sido aún homologada en España; y (ii) los efectos que debe implicar el precedente judicial extranjero en el posible pleito en España.

23. Estas cuestiones son abordadas por el Auto objeto de comentario, al afirmar que “el auto apelado es incorrecto en cuanto a los motivos y forma por los que se ha adoptado, debiendo seguir la causa adelante sin perjuicio de la eficacia que pudiera tener en su día la sentencia que alega la parte demandada, de reunir su aportación en el futuro los requisitos para que tenga efectos ante un órgano judicial español, aportación del documento en debida forma y con todos sus requisitos para ello que podría haber por el artículo 752 de la LEC en cualquier momento”.

24. El Auto acoge la tesis partidaria de la continuación del proceso español de divorcio¹⁴, si bien deja abierta la posibilidad procesal de que la sentencia marroquí sea aportada al procedimiento en el

¹⁰ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 201-202.

¹¹ A. MONTOYA MELGAR (dir.), “Cosa juzgada material”, en REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, *Diccionario Jurídico*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 302.

¹² STS 20 abril 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1995).

¹³ Por citar algunas de las más recientes, SAP Barcelona 20 octubre 2015 (JUR 2015\281610) y STS 26 noviembre 2015 (RJ 2016\106), SAP Barcelona 17 mayo 2016 (JUR 2016\181620) y SAP La Rioja 4 mayo 2017 (JUR 2017\161027), citadas por A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 162-163.

¹⁴ De esta forma, se aparta de la tesis restrictiva de ciertas resoluciones que han entendido que, pese a la ausencia del efecto de cosa juzgada por falta de homologación de la sentencia extranjera, no procede tramitar un nuevo juicio entre los litigantes por la misma causa. Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 164, con crítica de, entre otras, la SAP Barcelona de 10 septiembre 2010 (JUR 2010\375792) y el AAP Cádiz 26 septiembre 2017 (JUR 2017\302496).

futuro, siempre que el documento se presente “*en debida forma*” y cumpliendo los requisitos “*para que tenga efectos ante un órgano judicial español*”. Con esta solución, el Auto no solo sugiere la posibilidad de iniciar el procedimiento de reconocimiento de la resolución marroquí por la vía de la homologación judicial, sino que advierte a las partes que dicha resolución, una vez reconocida, podrá ser aportada en cualquier momento procesal en virtud del artículo 752.1 LEC. Este precepto efectivamente permite la aportación de pruebas en momento procesal futuro, al establecer que los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores “*se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.*”

25. Entendemos que la intención de la Sala es la de dotar de efectos materiales a los hechos que pudieran resultar probados en un futuro momento procesal, si bien esta solución es susceptible de ser calificada como un exceso de voluntarismo judicial incompatible con la decisión de continuación del procedimiento, el principio dispositivo de las partes en un litigio y la preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos prescrita por el artículo 400 LEC. Y ello por cuanto la aportación de la sentencia de divorcio homologada desplegaría, no solo efectos materiales respecto de los hechos, sino el efecto de cosa juzgada material sobre el fondo del asunto y, en consecuencia, el sobreseimiento de la causa.

IV. Respeto de la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio

26. Como ya se señaló, en el Fundamento Jurídico Tercero del Auto la Audiencia Provincial entiende que los tribunales españoles tienen competencia para conocer del divorcio por un triple motivo: (i) que el demandado no planteó esta cuestión en primera instancia y la plantea por vez primera en segunda instancia; (ii) que el demandado contestó la demanda aceptando la jurisdicción; y (iii) que el artículo 22 LOPJ establece la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del divorcio si ambos, siendo extranjeros, residen en España en el momento de interposición de la demanda.

27. En primer lugar, coincidimos con la Sala en que, al no haberse planteado esta cuestión en primera instancia, no cabe ser argumentada en sede de apelación (artículo 400.1 LEC). No obstante, entendemos que lo que habría procedido, en caso de que el demandado entendiese que el tribunal español carecía de competencia judicial internacional, era haber planteado una declinatoria internacional de conformidad con lo previsto en el artículo 39 LEC, dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (artículo 64.1 LEC), con independencia de los razonamientos que siguen respecto de su previsible resultado.

28. En segundo lugar, la Sala justifica la competencia de los tribunales españoles dado que el demandado contestó la demanda aceptando la jurisdicción. Respecto de este segundo motivo, hemos de suponer que la AAPTO se está refiriendo, pese a que no lo indica expresamente, a la sumisión tácita del demandado, prevista en el momento de interposición de la demanda en el anterior artículo 22.2 LOPJ, y que ha sido recogida en la actual versión del artículo 22 bis LOPJ¹⁵.

29. Hemos de mostrar nuestro desacuerdo con este razonamiento, pues en el supuesto de autos la competencia judicial internacional en materia de divorcio debería haberse determinado conforme a las reglas previstas en el Reglamento núm. 2201/2003, de 27 de noviembre (en lo sucesivo RB II-bis), que no admite la sumisión tácita como foro de competencia judicial en materia de divorcio¹⁶. De acuerdo con

¹⁵ Artículo 22 bis LOPJ introducido por el apartado 6 del artículo único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, en vigor desde el 1 octubre 2015.

¹⁶ B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia”, 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*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 119-131.

lo establecido en el artículo 7.1 RB II-bis, los foros de la LOPJ se aplican de manera residual respecto del instrumento comunitario¹⁷. En nuestra opinión, la atribución de competencia judicial internacional a través de la sumisión tácita del demandado ex artículo 22 bis LOPJ solo cabría en el caso de que ninguno de los foros de competencia del RB II-bis resultara de aplicación al caso¹⁸.

30. En tercer lugar, la argumentación de la Audiencia respecto a la aplicación del foro del artículo 22.3 LOPJ incurre en un error pues, como se acaba de indicar, la determinación de la competencia judicial internacional en materia de divorcio debe analizarse conforme a las reglas previstas en el RB II-bis, siendo residuales los foros de las leyes nacionales (artículo 7.1 RB II-bis)¹⁹. Así, el artículo 3.1 (a) RB II-bis establece como foro alternativo la posibilidad de plantear la demanda de divorcio ante el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges²⁰. Teniendo su residencia ambos cónyuges en España al tiempo de interposición de la demanda, los tribunales españoles resultaban competentes para el conocimiento de la demanda de divorcio, con independencia de su nacionalidad y de la posterior residencia en Marruecos del demandado.

¹⁷ Posibilidad admitida expresamente en el *Informe Borrás*, párrafo 47. Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, Informe explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (DO C 221 de 16 de julio de 1998).

¹⁸ Así lo estima la SAP Madrid 21 noviembre 2008 (JUR 2009\73491), citada por F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2017, p. 154.

¹⁹ Vid. M. N. SHÚILLEABHÁIN, *Cross-Border Divorce Law. Brussels II Bis*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 158-162.

²⁰ Vid. U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, *Brussels IIbis Regulation*, European Commentaries on Private International Law, vol. IV, Ottoschmidt, Colonia, 2017, p. 94.

COMENTARIO AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE ISLAS BALEARES (SECCIÓN 4ª) NÚM. 54/2018, DE 10
DE ABRIL. UN APUNTE SOBRE LA PRUEBA DEL DERECHO
EXTRANJERO EN UN PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS
CAUTELARES

AUDIENCIA PROVINCIAL (COURT OF APPEALS) OF THE
BALEARIC ISLANDS, 4TH SECTION. COMMENTARY TO
THE JUDICIAL DECREE 54/2018 OF APRIL 10TH, 2018.
NOTE TO THE PROOF OF FOREIGN LAW IN A PROCEDURE
REGARDING PRECAUTIONARY MEASURES.

UNAI BELINTXON MARTIN
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Pública de Navarra

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4640>

Resumen: Interposición de Recurso de Apelación frente a Auto de instancia que deniega el establecimiento de medida cautelar (anotación preventiva de demanda) con la finalidad de evitar la enajenación de la vivienda conyugal tras la disolución del matrimonio por uno de los cónyuges y que impone el abono de las costas procesales al solicitante de la medida.

Palabras clave: disolución del matrimonio, costas procesales, medida cautelar, enajenación de vivienda conyugal, aplicación de Derecho extranjero, prueba del Derecho extranjero.

Abstract: Bringing an appeal against the judicial decree that denies the establishment of precautionary measures (provisional record of the claim) aiming at the avoidance of the marital property sale after the dissolution of marriage and declares the imposition of the court costs to its petitioner.

Keywords: dissolution of marriage, court costs, precautionary measures, marital property sale, the application of foreign law, proof of foreign law.

Sumario: I. Consideración preliminar. II. Hechos. III. Cuestiones controvertidas. IV. Un apunte sobre Derecho internacional privado. 1. Disolución del vínculo matrimonial. 2. Régimen económico matrimonial. 3. Prueba del Derecho extranjero. V. Consideración final.

I. Consideración preliminar

1. El 10 de abril de 2018, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares estimó mediante Auto núm. 54/2018 un recurso de apelación surgido en procedimiento de medidas cautelares ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de Palma en el que de forma concreta se solicitaba la anotación preventiva de demanda reconventional promovida en procedimiento de divorcio contencio-

so por parte del esposo. La finalidad de tal solicitud de medida cautelar era evitar la enajenación de la vivienda conyugal por parte de la esposa (quién aparece como única titular registral de la citada finca). El Juzgado de Violencia sobre la mujer desestimó la solicitud de tal medida cautelar e impuso las costas procesales al solicitante.

2. Indicado lo anterior, el presente comentario tiene por objeto una vez expuestos los hechos acaecidos, analizar las cuestiones más controvertidas y su posible incidencia sobre nuestra disciplina de Derecho internacional privado.

II. Hechos

3. A la luz de los antecedentes expuestos en el Auto núm. 54/2018 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, concluimos que a la interposición de denuncia/querrela por violencia de género por parte de la esposa se acompañó posteriormente demanda de divorcio ante el Juzgado correspondiente de Primera Instancia de Palma, quién mediante Auto se inhibió en favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de la propia Palma con la remisión de los autos correspondientes. Una vez ubicados los autos en este último Juzgado, la representación procesal del esposo contestó en tiempo y forma a la demanda de divorcio interpuesta y planteó demanda reconventional a la que acompañó solicitud de adopción de medida cautelar consistente en anotación preventiva de la demanda sobre bien inmueble (el domicilio conyugal).

4. La citada medida cautelar fue admitida a trámite, y tras la vista preceptiva en pieza separada al procedimiento principal, la petición fue resuelta mediante Auto en sentido desestimatorio y se impusieron las costas del proceso a la parte promotora de la medida (el esposo).

5. Expuesto lo anterior es necesario subrayar que la pretensión de la medida cautelar solicitada por el esposo tenía por objeto evitar la enajenación del inmueble conyugal que constaba en el registro inscrito únicamente a nombre de la esposa. Esto es así debido a que el esposo insistió en que la propiedad constase única y exclusivamente a nombre de la esposa para evitar la posibilidad de que sus hijos, de un matrimonio anterior, pudieran reclamar la propiedad tras su fallecimiento. Parece pues advertirse que la argucia o estratagema jurídica diseñada por el esposo para con sus descendientes se vuelve ahora en su contra. El esposo pretende revertir tal situación ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de Palma reclamando que el bien inmueble sea calificado y/o considerado como bien matrimonial en aplicación de Derecho inglés. Con tal objetivo presenta informe de jurisconsulto inglés.

6. De la presentación en el procedimiento del citado informe del jurisconsulto inglés con la finalidad de convencer al Juzgador que el domicilio conyugal debe quedar sujeto y/o sometido al principio de reparto, parece poder desprenderse que los esposos ostentan la nacionalidad inglesa.

7. El Juzgador de instancia basa su decisión de desestimación de la medida cautelar solicitada en dos líneas de argumentación: 1) La primera línea de desestimación se centra en la ausencia de *“fumus boni iuris”*. Entiende el Juzgador de instancia que frente a la titularidad formal del inmueble el esposo en todo caso tendría *“[...] una mera expectativa conforme a cierta interpretación del Derecho inglés, según el informe del jurisconsulto presentado; expectativa cuya estructura y contenido material no parece la típica de los derechos reales. [...]”*, y en su caso la anotación solicitada únicamente cabría en aquellos supuestos en los que *“[...] el éxito de la acción pudiera alterar el estado jurídico acreditado en el Registro, lo cual no sería el caso, por más que el inmueble de autos llegase a considerarse conforme al derecho inglés un “bien matrimonial”, puesto que no se ha ejercitado con anterioridad ninguna acción dirigida a la modificación de la titularidad preexistente; siendo que pretender ahora sostener la cotitularidad desde el momento de la adquisición del bien en el año 2003 (sin perjuicio de lo que se resuelva de fondo en el pleito principal por razones diferentes o aplicación de normas de reparto de bienes entre cónyuges conforme al Derecho inglés) resulta contrario al principio general del Derecho que prohíbe beneficiarse de la propia*

actuación contraria al mismo, cuál sería el caso al afirmarse que se es propietario o copropietario del inmueble pero que no se figura como tal para ocultarlo a ciertos terceros (herederos hijos de un matrimonio anterior; a quienes se perjudica en beneficio de un titular o cotitular aparente) y luego se reclama que se reconozca esa titularidad o cotitularidad propia ab initio pero sin ejercitar acción que contravenga aquella simulación relativa (o, acaso, otro negocio subyacente indirecto, por ejemplo, una donación encubierta de parte del valor del bien) [...].”; y 2) La segunda línea en la argumentación de desestimación pivotaría en torno al “*periculum in mora*”, considerando el Juzgador de instancia que la esposa “[...] *ha explicado que es residente en Mallorca desde antes de contraer matrimonio [...], ha expresado su voluntad de continuar viviendo aquí, satisfacer la hipoteca y no tener intención de vender la vivienda de autos [...]. A ello se suma la falta de acreditación de cualquier dato externo sobre gestiones de venta o anuncio de la misma a través de cualquier canal ordinario (inmobiliaria, internet) que sugiera lo contrario.*”.

8. Cabe por otro lado aclarar que mediante el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del esposo únicamente se recurre ante la Audiencia Provincial el pronunciamiento sobre la imposición de costas al solicitante de las medidas, al considerar la parte recurrente que el criterio del vencimiento del artículo 394 en combinación con lo dispuesto por el 736.1, ambos de nuestra norma procesal interna¹, debía en este caso haber sido atemperado.

9. Considera la Audiencia Provincial que en este caso, conscientes de que las medidas cautelares se fundan en una situación de apariencia de buen derecho y de potencial riesgo, las apariencias que constan en autos a pesar de no ser bastantes para justificar la adopción de la medida cautelar solicitada, podrían eventualmente serlo para entender que la causa analizada no merece pronunciamiento en costas. Por lo que el tribunal provincial estima el recurso interpuesto por el esposo al entender que el caso presenta ciertas dudas de hecho y de derecho de relevancia suficiente, a pesar de la inadmisión de la petición de medidas provisionales, para no hacer pronunciamiento en costas.

III. Cuestiones controvertidas

10. Descritos los hechos del caso se va hacer mención a ciertas cuestiones que a pesar de su indeterminación por ausencia de datos fácticos y descripción de los hechos, merecen subrayarse y valorar por su posible hipotética incidencia sobre nuestra disciplina de Derecho internacional privado.

1. Posible ausencia de activación de los mecanismos de Derecho internacional privado

11. De lo expuesto en el Auto analizado parece reflejarse que pudiera existir en el caso concreto un elemento de extranjería –matrimonio entre dos sujetos de nacionalidad británica sometidos al derecho inglés–. Advierto, “parece”, pues no se puede concretar tal cuestión de lo descrito y dictaminado en el Auto de la Audiencia Provincial. No obstante no es menos cierto que tanto el Auto de la Audiencia en el párrafo cuatro del Fundamento de Derecho Segundo, como en la copia de la parte del Auto desestimatorio del Juzgado de Instancia que se reproduce en el Fundamento de Derecho Primero del propio Auto de la Audiencia Provincial analizado, se hace expresa referencia a un informe de un juriconsulto inglés que acompaña a la solicitud de medida provisional en instancia por parte del esposo. Cuestión que nos lleva a entrever la existencia en este supuesto de cuanto menos un elemento de extranjería lo que implica la obligación de aplicar las normas de Derecho internacional privado.

12. Siendo así esto, es ciertamente poco ortodoxo que tanto el Auto del Juzgador de Instancia como el Auto de la Audiencia Provincial, a pesar de referirse ambos a una cuestión suscitada en pieza separada a la controversia principal, vengán a sustanciar la aplicación del Derecho extranjero mediante la siguiente valoración:

¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 7 de 08 de Enero de 2000.

[...] Así las cosas, en el supuesto enjuiciado, el propio auto de primera instancia da muestras de que existían indicios del *fumus boni iuris* e indicios, si no prueba bastante, del *periculum in mora*. En cuanto al primero, en atención al hecho de que potencialmente hay que aplicar al caso el Derecho extranjero (de siempre compleja interpretación transfronteriza e informado, a favor de las tesis actoras, en el informe pericial del jurisperito británico), el propio auto, como hemos visto, expone con relación al "*principio de reparto*" (que se explica en el propio informe y que podría favorecer los derechos del actor-apelante sobre el inmueble), que "..., frente a la titularidad formal del inmueble el Sr. Nazario tendría, todo lo más, una mera expectativa conforme a cierta interpretación del Derecho inglés, ...". Es decir, en la propia resolución de instancia no se descarta alguna expectativa del actor. Y, en cuanto al *periculum in mora*, si bien el auto lo termina negando, sin embargo, reconoce expresamente que D^a Angustia ha cambiado de opinión, y que, antes de la fecha de la demanda, había expresado su voluntad de venta del inmueble. En dicho sentido se pronuncia la resolución hoy apelada cuando afirma que, frente a lo alegado por la representación del Sr. Nazario, la Sra. Angustia ha explicado que es residente en Mallorca desde antes de contraer matrimonio con el Sr. Nazario, y "...ha expresado su voluntad de continuar viviendo aquí, satisfacer la hipoteca y no tener intención de vender la vivienda de autos; matizando que su manifestación de voluntad anterior en sentido contrario fue en junio de 2016, antes de la interposición de la demanda de divorcio por ella formulada."

13. En efecto, se desconoce (aunque de los pronunciamientos citados parece que no es así), si el Juzgador de Instancia en el procedimiento principal ha tenido en consideración los citados elementos de internacionalidad a la hora de concretar cuestiones relacionadas con la concreción de la competencia judicial internacional y la determinación de la ley aplicable a la disolución del vínculo matrimonial y al régimen económico matrimonial, y por otro, las normas convencionales aplicables a la prueba del Derecho extranjero.

IV. Un apunte sobre Derecho internacional privado

14. A pesar de no ser objeto del presente Auto las cuestiones apuntadas, pues éste únicamente se refiere a la estimación del recurso de apelación frente a la imposición de costas a la parte solicitante de las tratadas medidas cautelares en el Juzgado de Instancia. No es menos cierto que la determinación de dichas cuestiones parece haber pasado desapercibida tanto para la Audiencia como para el Juzgado de Instancia y exigen ser dilucidadas de una manera ajustada a nuestra disciplina del Derecho.

1. Disolución del vínculo matrimonial

15. Para la primera de las cuestiones planteadas, y en los casos en los que el Juzgado conecedor del asunto en primera instancia fuere el Juzgado de primera instancia correspondiese, y de acuerdo a la información facilitada en el caso, los tribunales españoles sí tendrían competencia judicial internacional según el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre (Bruselas II bis)², toda vez que, la última residencia habitual común de los cónyuges se localizaba en España (Mallorca) y la demandante continuaba viviendo allí en el momento de presentación de la demanda (3.1). En efecto, de lo expuesto debe concluirse que el tribunal de primera instancia ostentaría competencia judicial internacional para resolver sobre la disolución del vínculo matrimonial.

16. Para la segunda cuestión planteada, debemos subrayar que la ley aplicable al divorcio y la separación judicial viene normativizada en el Reglamento 1259/2010, de 20 de noviembre (Roma III)³. De esta manera a la luz de los datos reflejados en el Auto, y para el caso de que los cónyuges no hubiesen elegido la ley aplicable al divorcio según lo dispuesto por el artículo 5 del Reglamento Roma III, el De-

² Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE L 338/1 de 23 de diciembre de 2003.

³ 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. DOUE L 338/1 de 29 de diciembre de 2010.

recho aplicable vendrá determinado por el artículo 8 del propio Reglamento Roma III. En consecuencia, conscientes de que la interposición de denuncia/querrela ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer conlleva la activación de una serie de protocolos y medidas de seguridad para la evitación de riesgos sobre la integridad física de la víctima, y conscientes también de la consiguiente interposición de demanda de divorcio por la esposa, en defecto de ley elegida por las partes entendemos que en este caso sería de aplicación lo dispuesto en el apartado b del citado artículo 8 (entendemos además que la demanda se presentó en plazo inferior a un año desde que cesó la residencia de los cónyuges debido a la fecha del Auto de inhibición del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma en favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer de la misma ciudad -23.09.2016-), por lo que sería aplicable el Derecho español al divorcio.

2. Régimen económico matrimonial

17. Tras el análisis de la disolución del vínculo matrimonial, debemos plantearnos los efectos jurídicos relacionados con la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. De esta manera, y a pesar de la inequívoca constancia registral de la propiedad de la finca en favor de la esposa, creemos interesante plantear si los tribunales españoles tendrían competencia para conocer de las cuestiones sobre el régimen económico matrimonial y la determinación de la ley aplicable a la misma cuestión.

18. En materia de competencia judicial internacional, y así lo será hasta el 29 de enero de 2019 con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016⁴, 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 matrimoniales⁵, debemos acudir al artículo 22 quater c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶ (LOPJ) para concretar la competencia judicial internacional y al artículo 9.2 del Código Civil⁷ (Cc) para la determinación de la ley aplicable.

19. En lo que respecta al artículo 22 quater c) los tribunales competentes serán los españoles cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí. Sin duda del auto se desprende que el matrimonio tuvo su última residencia habitual en España y la demandante sigue aun residiendo allí.

20. Por otro lado, en cuanto a la ley aplicable, y realizando un ejercicio hipotético de que los cónyuges no celebraron capitulaciones matrimoniales, la cuestión tendrá que regirse por el artículo 9.2 del Cc. Un precepto que nos ofrece como primer punto de conexión la nacionalidad común de los cónyuges. Por lo que a la luz de lo expuesto en este caso sería de aplicación la ley inglesa.

3. Prueba del Derecho extranjero

21. Finalmente y debido a las referencias realizadas al Derecho inglés tanto por el Auto de Instancia desestimatorio de las medidas cautelares solicitadas como en el Auto de la Audiencia Provincial estimatorio del recurso y la declaración de no haber pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas, es necesario realizar una crítica a la manera de solventar la invocación de la aplicación del Derecho

⁴ DOUE L 183/1 de 8 de julio de 2016.

⁵ Para obtener una buena visión en su conjunto sobre el Reglamento 2016/1103 relativo a los regímenes económico matrimoniales, donde se analiza en concreto el ámbito de aplicación, las normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales contenidas en dicho instrumento, entre otros, véase P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación -fragmentada- del derecho internacional privado de la unión europea en materia de régimen económico matrimonial: El reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41, 2017, pp. 180-222. Véase de igual forma sobre la necesidad de la armonización del Régimen económico matrimonial en la UE: P. QUINZÁ REDONDO, “La armonización y unificación del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: nuevos desafíos y oportunidades”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 43, nº 2, 2016, pp. 619-642.

⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 02 de Julio de 1985. BOE de 02 de Julio de 1985.

⁷ GACETA de 25 de Julio de 1889.

inglés mediante el informe de juriconsulto inglés pues parece advertirse que en el procedimiento principal se ha realizado este mismo análisis y parece reflejar, cuanto menos, cierta ligereza al proyectar la siguiente conclusión respecto a la propiedad del domicilio conyugal: “*frente a la titularidad formal del inmueble el Señor [...] tendría, todo lo más, una mera expectativa conforme a cierta interpretación del Derecho inglés*”.

22. Parece cuanto menos que el Juzgado de Instancia en el asunto principal primero, y el juzgado concedor de la solicitud de medida cautelar después, ante la existencia de un elemento de internacionalidad de estas características, debiera haberse detenido para el análisis de la cuestión siguiendo los cauces y los mecanismos puestos a disposición por el Derecho internacional privado en un intento de averiguación de lo esgrimido y argumentado por la parte que presenta el informe del juriconsulto inglés para justificar la solicitud de anotación preventiva de demanda reconvenional con la finalidad de evitar una hipotética enajenación del que fue el domicilio conyugal del matrimonio.

23. De esta manera, nos encontramos por un lado ante la necesidad de probar el contenido y demás extremos relativos al Derecho extranjero cuando éste debe ser aplicado por las autoridades jurisdiccionales españolas, y por otro, ante la necesidad de concretar el régimen jurídico de dicha prueba. En efecto, cabe entrar a valorar la adecuación del medio de prueba utilizado por la parte recurrente. Sin duda éste debe calificarse de un medio de prueba relativo, sobre todo si tenemos en consideración las dudas que los propios magistrados de la Audiencia reflejan en el Auto (en el que se reproducen las dudas y valoraciones del Juzgador de instancia) en relación a la argumentación esgrimida en el citado informe del juriconsulto inglés.

24. En materia de prueba del Derecho extranjero y para el ordenamiento jurídico español es necesario reseñar la coexistencia de diversos cuerpos legales que regulan la cuestión. De esta manera, debe recordarse por un lado el carácter imperativo de la norma de conflicto establecida por el artículo 12.6 del Cc. Por otro, lo dispuesto por un artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el que pivotan las cuestiones clave de la prueba del Derecho extranjero. Y finalmente los artículos 33 a 36 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil⁸.

25. De lo expuesto en el artículo 281.2 de la LEC sobre el Derecho extranjero debe concluirse que éste debe probarse en cuanto a su vigencia y contenido, una cuestión siempre compleja de dilucidar y que a la vista de lo acontecido y de los errores reflejados en el informe de juriconsulto inglés no se ha conseguido. En efecto, el artículo 281.2 requiere cuanto menos que: 1) El Derecho extranjero se pruebe; 2) Que se pruebe la vigencia y el contenido de tal Derecho extranjero; 3) La regla general contenida en el artículo 282 LEC requiere que la iniciativa de la actividad probatoria se active a instancia de parte (sin obviar la potestad del tribunal para utilizar los medios de averiguación que estime oportunos); y 4) Que se distinga claramente entre Derecho extranjero y los hechos de carácter procesal⁹.

26. La prueba del Derecho extranjero debe calificarse como una cuestión procesal. Advertido esto es evidente que ni el citado artículo 281.2 de la LEC, ni los artículos 33 a 36 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil concretan los medios de prueba que pueden utilizarse con la finalidad de probar el Derecho extranjero. Una consciente laguna jurídica promovida por el legislador que permite cierto margen de libertad en cuanto a los medios probatorios a utilizar. Pruebas periciales y/o pruebas documentales son los recursos más habituales, y ciertamente la utilización de documentos públicos, declaración de testigos-peritos y los dictámenes proyectan cierta idoneidad para probar el Derecho extranjero¹⁰.

⁸ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE nº 182 de 31 de Julio de 2015.

⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2018, p. 546.

¹⁰ Sobre la idoneidad del dictamen de juriconsultos como fuente de prueba, entre otros: Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional. M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Thomson Civitas, p. 531.

27. Claro está, el juzgador y/o tribunal correspondiente tendrá que decidir sobre la admisión de la prueba propuesta, es decir valorará la fuerza probatoria que pueda desprenderse de los medios utilizados (contenido y vigencia) según las reglas de la sana crítica, tal y como indica el artículo 33.2 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Y desde luego, con los medios de prueba utilizados las partes tienen que convencer al tribunal del contenido del Derecho extranjero.

28. Por otro lado, respecto a los informes o dictámenes, que es precisamente el medio de prueba utilizado por el esposo en la solicitud de medida cautelar en instancia (informe de jurisprudencia inglés), debe indicarse que estos según lo preceptuado por el artículo 33.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional no ostentarán carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

29. A pesar de que el AAP de Islas Baleares analizado se pronuncie únicamente sobre la estimación del recurso de apelación interpuesto frente a la imposición de costas en instancia donde se solicitaron la aplicación de medidas cautelares, y en consecuencia para revertir las costas impuestas a la parte recurrente la Audiencia Provincial haya articulado su argumentación en torno a los conceptos de “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*” y haya apreciado la posibilidad de atemperar el criterio de vencimiento (artículos 394 y 736.1 LEC), no es menos cierto que el análisis del Auto comentado requiere del estudio y valoración de los argumentos esgrimidos en el Auto de desestimación de instancia que da pie al recurso de apelación interpuesto ante la Audiencia Provincial.

30. En definitiva, del Auto de instancia se desprende que el juzgador, y así lo suscribe el tribunal superior, entiende que no queda acreditada la consideración y/o calificación del bien inmueble que aparece registrado únicamente a nombre de la esposa como bien matrimonial según lo reflejado en el informe del jurisprudencia inglés. No obstante, si bien es cierto que un informe de un jurisprudencia inglés puede no ser en este caso concreto (más aun teniendo en cuenta que éste presenta innumerables errores en la concreción de los hechos y en los datos fácticos a tener en consideración) la mejor herramienta para probar que según el Derecho inglés dicho bien inmueble pudiera ser considerado bien matrimonial, no es menos cierto que el Juzgado de Instancia solventa la cuestión con cierta despreocupación tal y como hemos reseñado anteriormente. El juzgador de instancia se apoya a su vez en la inexistencia o ausencia de acción previa por parte del esposo dirigida a la modificación de la titularidad preexistente. Lo que no obsta para que el Juzgado hubiere utilizando su potestad como tribunal para utilizar los medios de averiguación que estimase oportunos en materia de prueba de Derecho extranjero.

31. Finalmente, a modo de reflexión debemos plantear si la intrínseca flexibilidad que refleja el sistema español en materia de prueba del Derecho extranjero requiere para un procedimiento cautelar que dicha flexibilidad sea aún mayor. En efecto, este tipo de procedimientos cautelares que deben sustanciarse con rapidez exigen de una mayor flexibilidad de los medios de prueba utilizados por las partes en sede de valoración por parte del Juzgado o Tribunal. Es más, incluso podríamos plantearnos si los mecanismos de prueba del Derecho extranjero de los que dispone de oficio el Juzgado o Tribunal son los más adecuados para ello en un procedimiento de estas características. Esto es lo que precisamente pasaría con la activación del Convenio de Londres de 1968 para cuestiones de prueba e información del Derecho extranjero¹¹ en un procedimiento de medidas cautelares. A nuestro juicio no tendría sentido su activación debido a la necesaria rapidez y/o inmediatez exigida por esta clase de procedimientos. No obstante, éste no obsta para que el citado Convenio sea una adecuada herramienta jurídica a invocar y a activar en un procedimiento ordinario.

32. En esencia podemos concluir que activar mecanismos de estas características no sería lo más adecuado en procedimientos cautelares que requieren una mayor flexibilidad en materia de prueba de Derecho extranjero debido a su urgencia, rapidez e inmediatez. Desde luego para este tipo de casos el intencionado descuido del legislador en la regulación de los medios probatorios a utilizar es incluso positivo.

¹¹ Convenio Europeo de 7 de junio 1968, al que se adhirió España por instrumento de 2 de octubre de 1973. Convenio Europeo acerca de la información sobre el derecho extranjero, hecho en Londres. BOE nº 249, de 7 de octubre de 1974.

V. Consideración final

33. A pesar de que el objeto del Auto analizado versa únicamente sobre la estimación del recurso de apelación interpuesto frente a la imposición de costas en procedimiento cautelar de instancia, su análisis nos ha permitido valorar la disolución del vínculo matrimonial al presentar ambos cónyuges nacionalidad inglesa, los efectos jurídicos relacionados con la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial y la forma en la que se solventa en dicho procedimiento cautelar en instancia la invocación de la aplicación del Derecho inglés.

34. De lo estudiado en materia de prueba de Derecho extranjero puede concluirse que tanto el Juzgado de Instancia, como la Audiencia Provincial, debieran haberse detenido de forma más diligente en el análisis de la cuestión relativa a la prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español. Desde luego, la consciente laguna jurídica promovida por el legislador que potencia cierto margen de libertad en materia de medios probatorios a utilizar, les hubiera permitido concluir que la inherente flexibilidad que refleja el sistema español en materia de prueba del Derecho extranjero requiere para un procedimiento cautelar que dicha flexibilidad sea aún mayor.

35. Es evidente que este tipo de procedimientos cautelares que deben sustanciarse con mayor urgencia y celeridad requieren una mayor flexibilidad de los medios de prueba, y en consecuencia, una diligente ponderación en la valoración de la prueba aportada sobre el Derecho extranjero por parte de los órganos jurisdiccionales que responda a tal urgencia e inmediatez. Además, no debe obviarse que de oficio el Juzgado o Tribunal tiene la potestad de activar los mecanismos que considere más oportunos para probar tal Derecho extranjero, su vigencia y contenido, dentro de lo razonable para un procedimiento de tales características.

LA LOCALIZZAZIONE DELL'ILLECITO CONCORRENZIALE
NEL REGIME DI BRUXELLES: RIFLESSIONI ALLA LUCE
DELLA SENTENZA FLYLAL II DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA

THE LOCALIZATION OF ANTITRUST TORTS UNDER
THE BRUSSELS REGIME: REFLECTIONS IN THE LIGHT
OF THE JUDGMENT FLYLAL II OF THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION

CATERINA BENINI

PhD student

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Recibido: 13.01.2019 / Aceptado: 28.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4641>

Riassunto: Nella sentenza *flyLAL II* la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha affermato che un calo delle vendite provocato da un illecito concorrenziale costituisce il "danno" rilevante agli effetti della individuazione del giudice competente ai sensi dell'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 ("Bruxelles I") e ha ritenuto che tale danno vada localizzato nel paese in cui si trova il mercato interessato dagli effetti dell'illecito. Lo scritto, prendendo spunto da questa sentenza, esamina criticamente la disciplina internazionalprivatistica europea degli illeciti concorrenziali, soffermandosi sulle ricadute negative della stessa in termini di *private antitrust enforcement*. Dinnanzi a questo stato delle cose, la soluzione della Corte appare perseguire l'obiettivo di garantire coerenza tra la disposizione oggetto di pronuncia e l'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento (CE) n. 864/2007 ("Roma II") sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti da atti limitativi della concorrenza. Essa inoltre agevola il *private enforcement* del diritto della concorrenza, contribuendo al contempo alla funzione regolatoria del diritto internazionale privato nel contesto regionale dell'Unione Europea.

Parole chiave: illeciti concorrenziali, foro speciale degli illeciti, localizzazione del danno, criterio del mercato, *private antitrust enforcement*

Abstract: In the *flyLAL II* judgment, the Court of Justice of the European Union ruled that the loss of sales incurred as a result of antitrust tort can be regarded as "damage" for the purposes of identifying the competent jurisdictional authority pursuant to Art. 5 n. 3 of the Regulation (EC) n. 44/2001 ("Brussels I") and ruled that such damage is localized in the country whose market was affected by the anticompetitive conduct. Taking that judgment as point of departure, this article critically analyses the EU private international law regime of antitrust torts, focusing on its negative impact on private antitrust enforcement. Given this state of affairs, the solution adopted by the Court seems to pursue the goal of consistency between the provision under scrutiny and Art. 6, par. 3, lit. a), of the Regulation (CE) n. 864/2007 ("Rome II") on the law applicable to non-contractual obligations arising from acts restricting free competition. It also promotes the private enforcement of antitrust rules, thereby enhancing the regulatory function of private international law in the internal market.

Keywords: antitrust torts, special jurisdiction in matters relating to tort, localization of the loss, market criterion, *private antitrust enforcement*.

Sumario: I. La sentenza *flyLAL II*. II. La proiezione geografica dell'illecito concorrenziale: i termini del problema e un possibile approccio secondo il diritto internazionale privato dell'Unione: 1. Il foro speciale in materia di illeciti; 2. Peculiarità dell'illecito concorrenziale; 3. La criticità della disciplina internazionalprivatistica degli illeciti antitrust; 4. Il contributo della sentenza *flyLAL II*: A) Lettura della nozione di “luogo dell'evento dannoso” alla luce della disciplina sostanziale della concorrenza; B) Promozione del private antitrust enforcement; C) Funzione regolatoria del diritto internazionale privato; III. Rilettura delle esigenze alla base dei fori speciali del regime Bruxelles.

I. La sentenza *flyLAL II*

1. Nella sentenza del 5 luglio 2018 (di seguito “sentenza *flyLAL II*”) la Corte di Giustizia è stata chiamata ad interpretare l'art. 5 n. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (“Bruxelles I”). La norma, transitata senza modifiche di sostanza nell'art. 7 n. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012 (“Bruxelles I bis”)², istituisce un foro speciale delle controversie “in materia di illeciti civili dolosi o colposi”, permettendo all'attore di agire davanti al giudice del luogo in cui “l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”. Nel caso di specie, alla Corte è stato richiesto di chiarire come operi tale disposizione rispetto a un illecito concorrenziale.

2. I quesiti posti alla Corte traevano origine dell'azione promossa in Lituania dalla *flyLAL*, compagnia aerea lituana, contro la compagnia lettone *Air Baltic* e il gestore dell'aeroporto di Riga (Lettonia), per il risarcimento dei danni provocati dalle condotte asseritamente anticoncorrenziali di questi ultimi. In particolare, la ricorrente si doleva di essere stata estromessa dal mercato lituano per effetto della politica predatoria realizzata dalla *Air Baltic* agendo sui prezzi dei voli da e verso l'aeroporto di Vilnius (Lituania). Nella prospettazione della *flyLAL*, la *Air Baltic* avrebbe acquisito una posizione dominante sul mercato grazie a un accordo con il gestore dell'aeroporto di Riga (comportante per la stessa *Air Baltic* una riduzione delle tariffe aeroportuali), e avrebbe abusato di tale posizione allo scopo, in particolare, di estromettere la *flyLAL* dal mercato.

3. La Corte d'appello di Vilnius ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire, tra le altre questioni, se una perdita finanziaria come quella lamentata dalla *flyLAL*, consistente in un calo delle vendite provocato dagli illeciti concorrenziali imputati alle convenute, costituisca un danno agli effetti della norma sul foro degli illeciti e, in caso affermativo, dove debba essere localizzato.

4. Nella sentenza, la Corte muove dalla distinzione tra “danno iniziale”, derivante direttamente dall'evento generatore del danno, e “conseguenze patrimoniali negative” del fatto³. Il primo – ricorda la Corte, richiamando la propria giurisprudenza – è rilevante per l'individuazione del *locus damni* agli effetti della giurisdizione, mentre le seconde non lo sono. Già nella sentenza *Marinari*, la Corte aveva

¹ Causa C-27/17 (ECLI:EU:C:2018:533). La sentenza sarà indicata in seguito come *flyLAL II*, per distinguerla dalla sentenza del 23 ottobre 2014, causa C-302/13, *flyLAL* (ECLI:EU:C:2014:2319), originatasi nell'ambito della stessa controversia. In *flyLAL*, la Corte di giustizia ha chiarito che un ricorso avente ad oggetto il risarcimento del danno per violazione delle norme concorrenziali è di natura civile e commerciale.

² I due strumenti normativi sono legati fra loro da un rapporto di continuità interpretativa, onde le soluzioni elaborate con riguardo al più risalente dei due testi (e, prima, con riguardo alla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, da cui il regolamento Bruxelles I ha tratto origine), restano in grado di illuminare, in linea di principio, anche l'interpretazione del più recente. Per un'affermazione in questo senso, v. la sentenza del 17 ottobre 2017, causa C-194/16, *Bolagsuplysningen* (ECLI:EU:C:2017:766), punto 24; la sentenza del 18 ottobre 2011, causa C-406/09, *Realchemie Nederlands* (ECLI:EU:C:2011:668), punto 38; le conclusioni dell'avv. gen. Léger nella causa C-281/02, *Owusu*, (ECLI:EU:C:2004:798), punto 194. Sulla continuità interpretativa, v. P. TORREMANS, “Jurisdiction Under The Brussels/Lugano System”, in *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, a cura di P. TORREMANS *et al.*, 15ª ed., Oxford University Press, 2017, pp. 195-196. Data la pressoché identità delle due disposizioni, il presente contributo inerisce anche al vigente art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I bis.

³ Sentenza *flyLAL II* cit., punto 31 s.

escluso che la nozione di “luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto” potesse essere «interpretata estensivamente fino a ricomprendere qualsiasi luogo in cui possono essere risentite le conseguenze dannose di un evento effettivamente verificatosi in un altro luogo», e aveva dunque negato che avesse rilievo, ai fini della giurisdizione, il luogo in cui il danneggiato «sostiene di aver patito un pregiudizio patrimoniale in conseguenza di un danno iniziale insorto e da essa subito in un altro Stato»⁴. Similmente, nella sentenza *Kronhofer*, la Corte ha affermato che il luogo dell'evento dannoso, ai fini delle norme europee sulla giurisdizione, non può farsi coincidere con il domicilio del danneggiato o con il suo “centro patrimoniale”, quando lo stesso abbia subito un danno economico risultante dalla perdita di elementi del suo patrimonio avvenuta altrove⁵.

5. La Corte passa poi ad esaminare se la perdita di reddito conseguente al calo delle vendite collegato alle condotte anticoncorrenziali possa essere qualificata come “danno iniziale”, ai sensi della giurisprudenza appena ricordata. A tal fine, essa rammenta di aver dichiarato nella sentenza *Concurrence* che «la riduzione del volume delle vendite e la perdita di profitto che ne deriva [...] costituiscono un danno tale da rendere applicabile l'art. 5 punto 3 del regolamento n. 44/2001»⁶. Su questa base riconosce che «una perdita di reddito consistente, in particolare, in un asserito calo delle vendite subito a seguito di condotte anticoncorrenziali contrarie agli artt. 101 e 102 TFUE può essere qualificata come “danno” [...], consentendo di giustificare, in linea di principio, la competenza dei giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto»⁷.

6. Per l'individuazione del *locus damni*, la Corte fa leva sul criterio del mercato interessato dalla condotta anticoncorrenziale. Essa afferma che, in relazione a condotte anticoncorrenziali che hanno prodotto un calo delle vendite, il luogo dell'evento coincide con il «luogo del mercato interessato dalle suddette condotte in seno al quale la vittima sostiene di aver subito detto calo»⁸. Per la Corte, questa soluzione obbedisce a ragioni di (i) prossimità, in quanto i giudici dello Stato in cui si trova il mercato in questione sono nella posizione più idonea per esaminare le azioni per risarcimento dei danni causati dall'illecito *antitrust*⁹; (ii) prevedibilità, nella misura in cui un operatore economico che mette in atto condotte anticoncorrenziali può ragionevolmente prevedere di essere convenuto dinnanzi ai giudici del luogo il cui mercato è stato alterato, e (iii) coerenza con l'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II, il quale dispone che all'obbligazione derivante da atto restrittivo della concorrenza si applica la legge «del paese su cui la restrizione ha o potrebbe avere effetto».

II. La proiezione geografica dell'illecito concorrenziale: i termini del problema e un possibile approccio secondo il diritto internazionale privato dell'Unione

7. La novità della sentenza *flyLAL II* sta nella lettura mercato-centrica del foro degli illeciti, che individua il *locus damni* nel paese su cui si trova il mercato interessato dagli effetti anticoncorrenziali. Questa soluzione è interessante e dà lo spunto per riflettere sulla disciplina internazionalprivatistica degli illeciti concorrenziali.

In questo scritto, dopo aver preliminarmente delineato i tratti di fondo del foro speciale in materia di illeciti civili (1), mi soffermo su alcuni caratteri tipici dell'illecito concorrenziale, capaci di distinguerlo – ai fini che qui interessano – dalla generalità degli illeciti (2). Passo poi ad analizzare criti-

⁴ Sentenza del 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari* (ECLI:EU:C:1995:289), punti 14 s.

⁵ Sentenza del 10 giugno 2004, causa C-168/02, *Kronhofer* (ECLI:EU:C:2004:364), punto 21.

⁶ Sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-618/15, *Concurrence* (ECLI:EU:C:2016:976), punto 35.

⁷ Sentenza *flyLAL II* cit., punto 36.

⁸ Ivi, punto 43.

⁹ V. le conclusioni dell'avv. gen. Bobek nella causa in esame (ECLI:EU:C:2018:136), il quale al punto 51 afferma: «Le principali disposizioni del diritto della concorrenza dell'Unione, articoli 101 e 102 TFUE, mirano principalmente alla tutela della concorrenza autentica. Per questa sola ragione, trovo impossibile immaginare che sia riconosciuta la competenza giurisdizionale, sulla base dell'art. 5, punto 3 del regolamento n. 44/2001 e del “luogo in cui si è verificato il danno”, a giudici esterni ai mercati interessati dalla violazione».

camente la disciplina di conflitto dell'Unione in materia di illeciti *antitrust* (3), rispetto alla quale valuto i profili di novità e le ragioni sottostanti alla sentenza *flyLAL II* (4). Infine, alla luce di questa riflessione, effettuo una rilettura delle esigenze alla base del foro speciale in materia di illeciti (III).

1. Il foro speciale in materia di illeciti

8. La Corte di giustizia ha affermato sin dalla sentenza *Mines de Potasse d'Alsace*, resa in relazione all'art. 5 n. 3 della convenzione di Bruxelles del 1968, che il luogo dell'evento dannoso, ai fini della competenza giurisdizionale, comprende tanto il luogo dell'evento generatore del danno quanto il luogo in cui il danno si è verificato, o può verificarsi¹⁰. Di fatto, chi agisce in giudizio affermandosi vittima di un illecito territorialmente scisso, può decidere di adire – in alternativa al foro generale del domicilio del convenuto, e in assenza di accordo di scelta del foro – il giudice del luogo in cui si è verificato l'atto che ha cagionato l'evento o del luogo dove l'evento stesso si è verificato.

9. Questa soluzione, nota come anche come dottrina o principio dell'ubiquità, è stata elaborata dalla Corte avendo di mira le esigenze di prossimità e prevedibilità sottese ai fori speciali, nella convinzione che l'illecito si manifesta in modo significativo tanto nel luogo della condotta quanto in quello dell'evento. Di conseguenza, radicare la lite nell'uno come nell'altro luogo può «rivelarsi particolarmente utile dal punto di vista della prova e dello svolgimento del processo»¹¹.

2. Peculiarità dell'illecito concorrenziale

10. L'applicazione di questo approccio agli illeciti concorrenziali è per vari aspetti problematica¹². Ciò si deve alle peculiarità che contraddistinguono questo genere di illeciti da altre fattispecie egualmente riconducibili entro la sfera applicativa del foro speciale in questione¹³. In particolare, le peculiarità attengono (i) al bene giuridico leso dall'illecito concorrenziale, (ii) alla condotta lesiva e (iii) al tipo di danno provocato.

11. Ai fini dell'individuazione del bene giuridico protetto, ove si tratti (come nel caso deciso dalla Corte) di una condotta anticoncorrenziale dagli effetti non confinati ad un unico Stato, occorre prendere le mosse dagli artt. 101 e 102 TFUE. La prima disposizione vieta «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno [...]». La seconda vieta «lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale

¹⁰ Sentenza del 30 novembre 1976, causa C-21/76, *Mines de Potasse d'Alsace* (ECLI:EU:C:1976:166), punto 24 s.

¹¹ Ivi, punto 17. Sulle ragioni soggiacenti al foro speciale in questione, v. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 77-78; P. TORREMANS, «Jurisdiction Under The Brussels/Lugano System», in *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, a cura di P. TORREMANS *et al.*, 15ª ed., Oxford University Press, 2017, p. 270.

¹² V. T.C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe: The Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*, Oxford University Press, 2017, a p. 126: «[The ubiquity] rule, though reasonable in the *Bier* case, could cause problems if taken too far [...]. Cases involving financial (economic) loss which is not preceded by initial damage in another Member State are less easy to fit into the scheme. If a defendant acting in Member State X does something which causes pure financial loss to a claimant domiciled in Member State Y, what is the place where the damage occurred? To say that it occurs in Member State Y just because the claimant is domiciled there or has his bank account there comes perilously close to giving automatic jurisdiction to the courts of the claimant's domicile. The CJEU has struggled with this problem in a number of cases, but has failed so far to come up with a wholly satisfactory solution»; S. BARIATTI, «Problemi di giurisdizione e di diritto internazionale privato nell'azione *antitrust*», in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE *et al.*, Jovene editore, 2013, a p. 269: «Nel caso di atti limitativi della concorrenza sarebbe opportuno che la norma [art. 5 n. 3 Regolamento Bruxelles I] venisse interpretata nel senso della coincidenza tra i due luoghi o che venisse comunque valorizzato il luogo dell'attuazione dell'intesa in adesione alla teoria degli effetti, come sembra potersi dedurre dalle sentenze *Pasta di Legno* della Corte di Giustizia, relegando in secondo piano il luogo della condotta».

¹³ V. R. MONICO, «Il *private antitrust enforcement* nello spazio giudiziario europeo», *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 1155-1156.

di questo». La *ratio* di queste norme è di preservare la concorrenza nel mercato interno¹⁴, inteso come «spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati»¹⁵. Ne risulta che, quando tali norme vengono violate, ad essere leso è il bene giuridico della libera concorrenza.

12. Questo bene, oltre ad avere un respiro regionale, rappresenta uno dei pilastri dell'Unione¹⁶. Da qui si spiegano i tanti sforzi compiuti dal legislatore europeo per proteggere e promuovere la libera concorrenza. Mi riferisco, in particolare, al doppio sistema di c.d. *public antitrust enforcement* e di c.d. *private antitrust enforcement*. Con il primo, si sono istituite autorità pubbliche incaricate della vigilanza e dell'attuazione delle regole *antitrust*, tanto europeo quanto nazionale. Con il secondo si è consentito alla vittima di una condotta anticoncorrenziale di sollecitare il risarcimento dei danni sofferti, contribuendo così, sul piano privatistico, a conferire effettività alle regole *antitrust*.

13. Specularmente alla dimensione regionale del bene giuridico protetto, le condotte lesive della concorrenza – e in particolare gli effetti delle stesse – hanno natura necessariamente transnazionale.

Un'indicazione in tal senso si ricava dagli artt. 101 e 102 TFUE, i quali vietano gli accordi tra imprese e lo sfruttamento abusivo della posizione dominante nella misura in cui «possa[no] pregiudicare il commercio tra Stati membri». Dunque, per essere qualificato come illecito concorrenziale ai sensi del diritto dell'Unione, l'atto deve generare conseguenze localizzabili in più paesi, cioè, appunto, pregiudicare i rapporti commerciali tra almeno due Stati membri¹⁷.

14. Da condotte così qualificate discendono al tempo stesso un “danno generale” al mercato, il quale viene alterato nelle sue condizioni concorrenziali, e “danni specifici”¹⁸ a carico di imprese e consumatori. Questi ultimi vengono danneggiati perché estromessi dal mercato o da un suo segmento, perché privati dell'opportunità di mettere a frutto certi investimenti o perché costretti ad acquisire e/o scambiare merci e servizi a condizioni alterate¹⁹.

Il “danno specifico” si risolve a ben vedere in una pura perdita patrimoniale²⁰, ossia in «una perdita finanziaria che non è né preceduta, né causata, né accompagnata da un qualunque impatto evi-

¹⁴ V. in questo senso, fra le molte pronunce, la sentenza del 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands* (ECLI:EU:C:2009:343), punto 38: «[...] L'art. 81 CE [attuale art. 101 TFUE], come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale», nonché la sentenza del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket* (ECLI:EU:C:2011:83), punto 21 s.: «[L]art. 102 TFUE rientra nel novero delle regole di concorrenza le quali, come quelle di cui all'art. 3, n. 1, lett. b) TFUE, sono necessarie al funzionamento del detto mercato interno. Tali regole, infatti, hanno per l'esattezza la funzione di evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione». V. altresì D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of Court and Applicable Law in Tortious Actions for Breach of Community Competition Law”, *ZWeR*, 2006, a p. 15: «[C]ompetition law serves a special function by regulating conduct on a certain market. Competition law is not purely about private interests but embodies ultimately choices about economic policy».

¹⁵ Art. 26 TFUE.

¹⁶ Cfr. art. 3, par. 3 e 4, TUE e art. 26 TFUE. Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b) del TFUE la definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno rientrano tra gli ambiti di competenza esclusiva dell'Unione.

¹⁷ Nelle parole di A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, a p. 239: «In most cases EC civil antitrust litigation in Europe will not be purely national. For Community competition law to apply, there must be an effect on trade between Member States, which means that there is usually a transnational element and thus issues regarding the law applicable to the civil dispute»; T. THIEDE, “Private Enforcement of Anti-Trust Damages in Europe. A Germanic Perspective on Directive 2014/104/EU”, *ELTE L.J.*, 1, 2015, p. 148. Sulla visione per cui la dimensione transnazionale è caratteristica propria (oltre che delle condotte rilevanti ex 101 e 102 TFUE) dello stesso diritto della concorrenza, vedasi F. MUNARI, “Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza”, *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 37-38 e letteratura citata in nota 16.

¹⁸ Questa distinzione è sottolineata sia al punto 46 delle conclusioni dell'avv. gen. Bobek nella causa *flyLAL II* cit., sia in dottrina; vedasi ad es. B. VILÀ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach”, in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, p. 27.

¹⁹ C. WITHERS, “Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims”, *JBL*, 2002, p. 255.

²⁰ V. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, p. 91; A.P.

dente su cose fisiche o su diritti di personalità»²¹. La stessa Corte di giustizia ha dato rilievo a questa particolarità. Pronunciandosi su casi di restrizione della libera concorrenza, ha riconosciuto che il danno, anche agli effetti della giurisdizione, può essere costituito da perdite patrimoniali e finanziarie²². Prima del caso *flyLAL II*, la Corte si era espressa in questi termini nella sentenza *Concurrence*. Riferendosi alla violazione delle condizioni di una rete selettiva di distribuzione, la Corte ha in quel caso affermato che «il danno che il distributore può lamentare consiste nella riduzione del volume delle sue vendite in conseguenza di quelle realizzate in violazione delle condizioni di rete e nella perdita di profitto che ne deriva»²³. Nello stesso modo si è espressa nel caso *CDC*, dove, nell'ambito di un'azione risarcitoria promossa contro le imprese partecipanti al cartello del perossido di idrogeno, ha identificato il danno nei «costi supplementari» indotti dall'intesa anticoncorrenziale oggetto del giudizio²⁴.

15. Date queste caratteristiche, l'applicazione del principio di ubiquità agli illeciti concorrenziali risulta problematica per il fatto che ciascun illecito *antitrust* genera al tempo stesso un danno generale al mercato e un danno patrimoniale in capo al singolo. La presenza di questi due eventi dannosi – non sempre sovrapponibili – porta a sdoppiare (ulteriormente)²⁵ il foro speciale in materia di illeciti. Ai sensi dell'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis* così interpretato, l'attore potrebbe adire il giudice del luogo (i) della condotta illecita²⁶ o (ii) del danno patrimoniale specifico o (iii) del mercato interessato. Estendere così il perimetro del foro in esame, oltre a sembrare in contrasto con l'obbligo di interpretazione restrittiva dei fori speciali del regime Bruxelles²⁷, complica notevolmente il sistema²⁸, a tutto svantaggio delle ragioni di certezza e prevedibilità del diritto²⁹.

KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, p. 210; C. WITHERS, "Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims", *JBL*, 2002, p. 255.

²¹ A. BRIGGS, P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgements*, 5^a ed., Informa, 2009, pp. 267-268.

²² In termini critici M. HELLNER, "Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation", *YbPIL*, 2007, a p. 53: «For such cases [when the victim suffers only financial damage as the result of a certain act] there is a tendency in the law of some states to determine the place of injury to be the location where the diminished assets are located» e a p. 54 «[There is a] widespread perception that the place of injury in cases of pure economic loss is located where the assets that are diminished are located. However, as has been pointed out, this is contradicted by the ruling of the European Court of Justice in *Marinari* concerning the location of damage under Article 5(3) of the Brussels Convention».

²³ Sentenza *Concurrence*, cit., punto 33.

²⁴ Sentenza del 21 maggio 2015, causa C-352/13, *CDC* (ECLI:EU:C:2015:335), punto 52.

²⁵ "Ulteriormente" perché vi è già stato uno "sdoppiamento" del foro speciale in materia di illeciti con la sentenza *Mines de Potasse d'Alsace*. V. § 8.

²⁶ Sulla difficoltà di identificare tale luogo, v. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, pp. 92-94; C. FRATEA, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 120.

²⁷ V. sentenza del 16 giugno 2016, causa C-12/15, *Universal Music International* (ECLI:EU:C:2016:449), punto 25: «Poiché la competenza dei giudici del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto costituisce una regola di competenza speciale, essa deve essere interpretata in maniera autonoma e restrittiva, il che non consente un'interpretazione che ecceda ipotesi previste in modo esplicito dal regolamento suddetto», nonché sentenza *Marinari* cit., punto 14.

²⁸ Una possibile soluzione è indicata da C. FRATEA, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, a p. 122: «Alla luce delle segnalate difficoltà, parte della dottrina tende a svalutare la rilevanza del danno patrimoniale individuale, sottolineando piuttosto il carattere collettivo degli interessi protetti dalle disposizioni *antitrust*, che mirano in primo luogo a preservare l'apertura concorrenziale del mercato a vantaggio non solo dei singoli concorrenti, ma della collettività e dei consumatori in genere. Così ragionando, il foro dell'evento dannoso dovrebbe essere identificato con il mercato colpito dalla condotta restrittiva della concorrenza, sul quale il danneggiato sia stato privato della libertà di scegliere tra offerte indipendenti».

²⁹ V. K. DALY, A. ROBERT, "Competition Damages Litigation in Europe: Rapid Changes Bring New Uncertainties", *Business Law International*, 2018, a p. 289: «[I]n the context of competition damages claims [...] claimants have to determine which jurisdiction to choose from among a wide range of options. The determination of where the harm arose is also not straightforward, as the damages (mostly loss of sales or overcharge) may have been suffered in multiple jurisdictions. As a result, the claimant may be forced to introduce several claims in different Member States. When faced with a choice, claimants may be tempted to choose the jurisdiction they know or that is likely to rule in favour of their claims rather than choosing the jurisdiction with the closest nexus to the case»; e a p. 291: «[C]onsidering or facing competition damages actions in the EU will continue to be exposed to a very high degree of uncertainty and complexity, although against a backdrop of an ever-increasing probability that actual damages awards will be available and will be granted».

3. La criticità dell'attuale disciplina internazionalprivatistica degli illeciti *antitrust*

16. Dinanzi a condotte le cui conseguenze dannose si proiettano in più Stati membri, non è agevole identificare il giudice competente e la legge applicabile alle azioni di *private antitrust enforcement*. Di qui la necessità di ricorrere alle norme di conflitto che consentano di risolvere i conflitti di legge e di giurisdizione posti dalla transnazionalità degli illeciti concorrenziali.

17. Nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea, la disciplina dei conflitti di leggi e di giurisdizione in materia di *private antitrust enforcement*, ove non si tratti di fattispecie riconducibili alla "materia contrattuale"³⁰, si ritrova rispettivamente nel regolamento Roma II e nel regolamento Bruxelles I *bis*.

Ai sensi dell'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II «la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una restrizione della concorrenza è quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto». Tale disposizione si ispira alla dottrina degli effetti³¹ e fa del mercato rilevante, inteso come il mercato su cui la restrizione della concorrenza si ripercuote, il criterio di collegamento ai fini della individuazione della legge applicabile.

Sul terreno della competenza giurisdizionale, l'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis* consente all'attore – in alternativa al giudice del domicilio del convenuto e solo se in assenza di un accordo esclusivo di scelta del foro³² – di agire «davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire». Come ricordato, alla luce della dottrina dell'ubiquità, per evento dannoso va fatto riferimento sia al luogo dove la condotta è stata tenuta sia al luogo dove il danno si è concretizzato.

18. Possono dunque darsi situazioni in cui i giudici di un certo Stato membro, competenti in forza del regolamento Bruxelles I *bis*, sono chiamati ad applicare al merito della pretesa risarcitoria la legge di uno Stato diverso, in forza del regolamento Roma II. Ciò è in linea con la scelta del legislatore europeo di disporre in ambito civile e commerciale norme di conflitto uniformi di natura bilaterale³³, da cui può risultare l'applicazione del diritto di uno paese diverso da quello del foro.

³⁰ V. B. VILÀ COSTA, "How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach" in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW et al., Hart Publishing, 2012, p. 26; v. altresì P. FRANZINA, "L'elusiva proiezione geografica del danno meramente patrimoniale: la responsabilità da informazioni inesatte tra forum commissi delicti e forum destinatae solutionis", *Int'l lis*, 2004, pp. 121-123.

³¹ L'adesione alla teoria degli effetti da parte del legislatore europeo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea è piuttosto dibattuta. Sul punto vedasi J. BASEDOW, "International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization", *La.L.Rev.*, 2000, pp. 1039-1042; Y. BOTTEMAN, A. PATSA, "The Jurisdictional Reach of EU Anti-Cartel Rules: Unmuddling the Limits", *ECJ*, 2012, pp. 371-373; E. ELHAUGE, D. GERADIN, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, 2007, pp. 1044-1047; F. MUNARI, "Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza", *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 46-52; F. MUNARI, "L'entrata in vigore del regolamento Roma II e i suoi effetti sul private antitrust enforcement", *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 290.

³² Sulla possibilità per le parti di concludere un accordo di scelta del foro in ipotesi di illecito concorrenziale, vedasi la sentenza del 24 ottobre 2018, causa C-595/17, *Apple Sales International* (ECLI:EU:C:2018:854), punto 25 s. V. altresì D. ASHTON, C. VOLLRATH, "Choice of Court and Applicable Law in Tortious Actions for Breach of Community Competition Law", *ZWeR*, 2006, pp. 5-6; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 42-71. Sulla gerarchia tra i vari titoli di giurisdizione del regime Bruxelles, vedasi R. BRAND, "Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments", *Recueil des cours*, vol. 358 (2011), pp. 33-49.

³³ Nelle parole di A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, a pp. 166-167: «El art. 6.3 a RR-II es una norma de conflict 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" [...]. El art. 6 RR-II reviste una importancia metodológica de primer nivel, pues abandona la perspectiva unilateral según la cual cada Derecho *antitrust* estatal es aplicable, deben consultarse exclusivamente sus propios criterios de application en el espacio, Estado por Estado [...]. Eso no es ya así: se ha producido un *cambio de paradigma (ein Paradigmenwechsel)*».

19. Una coincidenza tra *forum* e *jus* sarebbe tuttavia preferibile nel contesto del *private antitrust enforcement*³⁴. Attribuire la competenza giurisdizionale per le azioni dei “*private attorneys general*”³⁵ al giudice del paese il cui diritto nazionale regola la sostanza delle pretese avanzate significa rendere più agevole per la vittima formulare la richiesta di risarcimento e per il giudice decidere sulla stessa. In altri termini, se il giudice competente è quello la cui legge nazionale è applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti dall'atto restrittivo della concorrenza, si garantisce unitarietà tra la legge che regola il processo – la legge del foro³⁶ – e quella che disciplina la sostanza³⁷ – da identificare tramite le norme di conflitto. Ciò del resto concorre ad assicurare che il regime nazionale delle conseguenze dell'illecito transnazionale non sia meno favorevole di quello che riguarda ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non sia tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto comunitario di ottenere il risarcimento dei danni causati dall'illecito concorrenziale (principio di effettività)³⁸.

Che lo stesso legislatore europeo abbia considerato la convergenza tra *forum* e *jus* auspicabile è dimostrato dallo stesso art. 6, par. 3, lett. b), del regolamento Roma II³⁹. Secondo questa norma, la vittima dell'illecito concorrenziale può adire il giudice del domicilio del convenuto o può convenire dinanzi al giudice del domicilio di uno dei convenuti gli altri presunti responsabili fondando la sua pretesa sul diritto di tale Stato, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dall'illecito⁴⁰.

20. Allo stato attuale, la coincidenza tra *forum* e *jus* si verifica solo se l'attore ricorre al giudice del luogo dove ha subito il danno conseguente all'illecito *antitrust* e se tale luogo si trova sul mercato affetto dalla condotta anticoncorrenziale⁴¹. In altre parole, per aversi convergenza tra *lex causae* e *lex fori*, è necessario che (i) non vi sia un accordo di scelta del foro esclusivo; (ii) venga adito il giudice del foro speciale in materia di illeciti, e in particolare quello del luogo in cui il danno si è concretizzato; (iii) il danno specifico lamentato sia un danno diretto e non una mera conseguenza patrimoniale indiretta; (iv) il danno specifico si verifichi là dove si trova il mercato affetto dalle condotte anticoncorrenziali.

Da questo elenco di condizioni emerge che gli spazi di manovra⁴² disponibili alle parti per rag-

³⁴ C. FRATEA, *Il "private enforcement" del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 165.

³⁵ Tale espressione è comunemente impiegata per descrivere il sistema di *private enforcement* statunitense. V. D.A. CRANE, “Compensation for Antitrust Violations: An Economic Perspective”, *Antitrust Bull.*, 2016, p. 358; R. WAI, “Transnational Lifting and Jurisdictional Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Colum. J. Transnat'l L.*, 2002, p. 234.

³⁶ V. T. BALLARINO, “L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Riv. dir. internaz.*, 2008, a pp. 74-75: «[Spetta] al diritto nazionale solamente il compito di mettere a disposizione del singolo i mezzi procedurali per far valere i propri diritti. Di questa dimensione processuale fanno parte le azioni inibitorie esperibili. La stessa soluzione si adatta, però, a nostro avviso, anche a questioni come il calcolo del risarcimento, l'individuazione dei soggetti contro i quali l'azione può essere esercitata e la misura della responsabilità di ciascuno dei soggetti autori del danno. Si tratta di questioni che appartengono alla legge del giudice adito e per le quali il rinvio ad una legge straniera è escluso dal carattere di *loi de police* del sistema del diritto comunitario [...]. Le affermazioni della Corte nel caso *Manfredi* esprimono chiaramente che le lacune della regolamentazione comunitaria — dalla nozione di «nesso di causalità» ai termini di prescrizione, dall'entità del risarcimento all'ammissibilità del risarcimento esemplare o punitivo — devono essere integrate in base alla *lex fori*, proprio come a questa spetta designare i giudici competenti e le modalità procedurali dei ricorsi esperibili (per i quali la *lex fori* è d'obbligo)».

³⁷ Un'indicazione non esaustiva delle questioni disciplinate *lex causae* si ritrova all'art. 15 del regolamento Roma II.

³⁸ V. sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage* (ECLI:EU:C:2001:465), punto 29.

³⁹ V. MARONGIU BONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato italiano*, Giuffrè, 2013, p. 127.

⁴⁰ «Qualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, chi promuove un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice del domicilio del convenuto può invece scegliere di fondare le sue pretese sulla legge del giudice adito, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa; se l'attore agisce nei confronti di più di un convenuto dinanzi a detto giudice conformemente alle norme applicabili in materia di competenza giurisdizionale, può scegliere di fondare la sua pretesa esclusivamente sulla legge di tale giudice qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice».

⁴¹ In modo simile, anche nell'ipotesi dell'art. 6, par. 3, lett. b), del regolamento Roma II la coincidenza tra *forum* e *jus* dipende da una scelta dell'attore.

⁴² Si assume che, dati gli ingenti interessi economici in gioco nei casi di responsabilità da violazione del diritto di concorrenza, vi sarà la tendenza da parte delle vittime e dei cartellisti di servirsi dei meccanismi del regolamento Bruxelles I *bis* e del regolamento Roma II per favorire o evitare l'incardinamento di una controversia in capo al giudice di un certo Stato membro. Su tal punto, v. J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, pp. 386-387.

giungere la coincidenza tra *forum* e *jus* sono (quasi)⁴³ unicamente sul piano giurisdizionale. Questo perché le parti non possono scegliere la legge applicabile ai sensi dell'art. 6, par. 4, del regolamento Roma II⁴⁴ e il giudice non può in via eccezionale applicare una legge diversa da quella del mercato interessato dagli effetti anticoncorrenziali.

21. La generale impressione, dunque, è che la disarmonica⁴⁵ combinazione delle soluzioni internazionalprivatistiche esistenti non si rivela idonea a promuovere il *private antitrust enforcement*⁴⁶, in quanto rende l'auspicata convergenza tra *forum* e *jus* dipendente dalle imprevedibili scelte procedurali dell'attore, a svantaggio dell'effettività del *private enforcement* stesso.

4. Il contributo della sentenza *flyLAL II*

22. Questo stato delle cose induce a valutare l'opportunità di una riforma della disciplina esistente, specie per evitare ciò che è stato definito come “la collisione tra le due placche tettoniche europee del diritto della concorrenza e del diritto internazionale privato”⁴⁷.

23. In assenza di iniziative della Commissione, alcuni, in dottrina, hanno avanzato proposte tese a modificare le disposizioni del regime di Bruxelles applicabili al *private enforcement* del diritto della concorrenza⁴⁸. È anche alla luce di queste sollecitazioni che sembra possibile scorgere nelle trame di *flyLAL II* l'espressione di un orientamento di politica giudiziaria volto a favorire la convergenza e il riavvicinamento delle diverse soluzioni internazionalprivatistiche offerte dal legislatore europeo in materia di concorrenza.

D'altronde, se la “codificazione” dei diversi strumenti di conflitto dell'Unione di cui si predicava l'urgenza nell'Agenda giustizia per il 2020 al fine di «rafforzare la fiducia reciproca e la coerenza e la certezza del diritto»⁴⁹ non si è concretizzata, permane identica – se non addirittura accresciuta – l'esigenza di assicurare coerenza nell'interpretazione delle norme di conflitto dell'Unione⁵⁰.

⁴³ Fatta eccezione per l'art. 6, par. 3, lett. b), del regolamento Roma II, il quale consente una (minima) scelta di legge applicabile laddove venga adito il giudice del domicilio del convenuto nei confronti di uno o più convenuti.

⁴⁴ La disposizione di cui l'art. 6, par. 4, del regolamento Roma II è stato oggetto di numerose critiche. Vedasi J. FITCHEN, “Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation”, *J.Priv. Int.L.*, 2009, p. 344 e dottrina citata in nota 24 e 25.

⁴⁵ Disarmonica in quanto all'inflessibile applicazione della *lex mercatus* fa contro l'aleatoria individuazione del giudice competente.

⁴⁶ Sul punto M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, a p. 7: «The architects of the decentralisation reform have largely ignored the question of how the EU policy encouraging private antitrust enforcement can be implemented under the current EU private international law framework»; F. BECKER, J. KAMMIN, “Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen: Rahmenbedingungen und Reformansätze”, *EuZW*, 2011, a p. 509: «Die Unzulänglichkeiten des Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrechts haben somit einen bedeutenden Einfluss auf die Möglichkeiten der Schadenskompensation von Unternehmen und Verbrauchern. Vor allem die Brüssel I Verordnung wird den Besonderheiten des EU-Kartellrechts nicht gerecht».

⁴⁷ J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, p. 381.

⁴⁸ Sul dibattito circa la riforma del regolamento Bruxelles I *bis*, e più specificamente circa l'introduzione di una disposizione *ad hoc* per i casi *antitrust*, vedasi, in senso favorevole M. DANOV, “EU Competition Law Enforcement: Is Brussels I Suited to Dealing With All Challenges?”, *Int. Comp.L.Q.*, 2012, p. 54; J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, p. 399; R. MONICO, “Il *private antitrust enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *Riv. dir. internaz.*, 2016, pp. 1166-1167; in senso contrario, A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *CDT*, 10, 2, 2018, pp. 28-29; V. B. VILÀ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach”, in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, pp. 19-23.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *L'Agenda Giustizia dell'UE per il 2020: rafforzare la fiducia, la mobilità e la crescita nell'Unione*, COM (2014) 144 definitivo, p. 8.

⁵⁰ Nelle parole di J. BASEDOW, “Consistency in EU Conflict of Laws”, *Rev. Eur. L.*, 1, 2018, a p. 7: «The European Commission strives for consistency in the conflicts law of the European Union, i.e. with regard to rules relating to jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of foreign judgments. Accordingly, a first step is to review the existing

24. L'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II e l'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis* sono perfetti candidati per questa forma di esegesi, poggiando entrambi sul criterio del *locus damni* al fine della soluzione del conflitto di leggi e di giurisdizione.

Per consentirne un'interpretazione armonica, la Corte "prende a prestito" il criterio del mercato interessato dalla condotta anticoncorrenziale – attingendolo dal regolamento Roma II che lo impiega per identificare la legge regolatrice – e lo utilizza per individuare il foro speciale in materia di illeciti, di cui l'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis*⁵¹. Forte di ciò, giunge a riconoscere che «l'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un'azione di risarcimento di un danno causato da condotte anticoncorrenziali, il «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» si riferisce, in particolare, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, al luogo in cui si è verificata una perdita di reddito consistente in un calo delle vendite, ossia al luogo del mercato interessato dalle suddette condotte in seno al quale la vittima sostiene di aver subito detto calo»⁵².

25. In favore di questa soluzione militano tre differenti ragioni. Oltre al vantaggio di offrire una soluzione semplice, in cui la chiave di lettura del concetto di "luogo dell'evento dannoso" viene rinvenuta nel diritto della concorrenza europea (A), questa interpretazione incentiva in via di fatto il *private antitrust enforcement* (B). Inoltre, localizzare l'illecito concorrenziale nel paese del mercato interessato è espressione della funzione regolatoria del diritto internazionale privato, il quale previene la venuta ad esistenza di conflitti diagonali nello spazio unico europeo (C).

A) Lettura della nozione di "luogo dell'evento dannoso" alla luce della disciplina sostanziale della concorrenza

26. Numerose norme di conflitto adottano nozioni tecnico-giuridiche per descrivere la circostanza elevata a criterio di collegamento. L'espressione "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire" rientra sicuramente tra queste, essendo un concetto giuridico per la cui localizzazione è necessaria la mediazione normativa⁵³. Si pone allora il problema di individuare il diritto sulla cui base interpretare queste espressioni.

27. A tal riguardo, la Corte di Giustizia ha riconosciuto nella sentenza *Tessili* che non esiste una soluzione unica, ma che è possibile a seconda delle caratteristiche del caso ritenere «tali espressioni e nozioni [...] come autonome, e perciò comuni all'insieme degli Stati membri, ovvero come effettuant

legislation in this area, considering in the process the comprehensiveness of the present regime and inquiring into the usefulness of a codification». Per esempi in differenti ambiti v. E. FRONCZAK, "Cuius legislatio, eius iurisdictio? The Emerging Synchronisation of European Private International Law on Tort", *ERA Forum*, 2016, pp. 178-182; F. WILMAN, *Private Enforcement EU Law before National Courts*, Elgar, 2015, pp. 447-453.

⁵¹ T. BALLARINO, "L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico", *Riv. dir. internaz.*, 2008, a p. 73: «È probabile che la norma enunciata nel par. 3 venga usata, come è avvenuto per il noto caso *Hachette*, ai fini della competenza giurisdizionale, ossia per precisare la portata, alquanto indeterminata, dell'art. 5 n.3 del regolamento 44/2001»; P. MANKOWSKI, "Article 7", in *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, a cura di U. MAGNUS e P. MANKOWSKI, Otto Schmidt, 2016, a p. 330: «The PIL of unfair commercial practices does not follow the principle of ubiquity, but developed its own rule. Applying the ordinary principle of ubiquity when jurisdiction in unfair commercial practices has to be judged, does not therefore coincide with the revered PIL rule. One could argue that the jurisdictional rule is still inchoate and needs refinement in order to reach the higher echelon and more elevated level the PIL has already reached. To reconcile PIL and jurisdiction, one could feel tempted to instrumentalise a purposive interpretation of [Article 7] (2) in order to establish the marketplace rule insofar as unfair commercial practices are committed on the market».

⁵² Sentenza *flyLAL II* cit., punto 43.

⁵³ V. M. LEHMANN, "Where Does Economic Loss Occur?", *J.Priv.Int.L.*, 2011, a pp. 541-542: «[L]ocalising economic loss is not an easy exercise. It is not possible to use the methods of geography. We cannot just point to some place on earth and identify it as the location of damage. The insight is hardly novel. As long ago as the first half of the 20th century, the US "legal realist" movement argued that the *lex loci delicti* rule could not be applied mechanically, but is subject to policy- and result-oriented considerations [...]. We cannot find the place of this kind of loss by using a natural science-approach, as the wording of the *lex loci damni* rule seems to insinuate. Rather, we must have recourse to typical legal methods, such as rules and presumptions. What has also become clear is that there is no one-size fits-all legal definition which would locate the place of damage. The matter is much more complex. Each case has to be looked at individually in order to find the relevant contact».

un rinvio al diritto sostanziale che risulta applicabile, in ogni singolo caso, in forza del diritto internazionale privato del giudice investito per primo della causa»⁵⁴.

28. Sul concetto di “luogo di esecuzione del contratto” di cui all’art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles (ora corrispondente all’art. 7 n. 1 del regolamento Bruxelles I *bis*), essa ha affermato che il giudice adito deve «determinare, in conformità al proprio diritto internazionale privato, la legge da applicare al rapporto giuridico in esame e successivamente definire, sulla base di tale legge, il luogo d’adempimento dell’obbligazione contrattuale controversa»⁵⁵. Secondo questa soluzione, il luogo di adempimento deve essere identificato sulla base del diritto applicabile così come determinato tramite le norme di conflitto del foro. In tal modo si arriva a identificare lo stesso luogo «sia che ciò avvenga ai fini della competenza giurisdizionale sia che ciò avvenga ai fini del merito o per altre ragioni. Il giudice adito applicherà infatti le stesse norme in ognuno di questi casi e perverrà dunque, ogni volta, ai medesimi risultati: è, questo, il c.d. principio dell’*unica verità*»⁵⁶.

Alternativamente, è possibile interpretare le nozioni impiegate dai regolamenti dell’Unione in via autonoma, cioè come nozioni proprie del regime uniforme di diritto internazionale privato, da ricostruire tenendo in considerazione le caratteristiche e i contenuti del sistema stesso⁵⁷.

29. A favorire la soluzione dell’*unica verità* nel caso *Tessili* sono state per la Corte «le divergenze esistenti fra le legislazioni nazionali sui contratti e l’assenza, nell’attuale stadio dell’evoluzione giuridica, di qualsiasi unificazione del diritto sostanziale da applicarsi». Da qui l’impossibilità di «fornire indicazioni più ampie per l’interpretazione del concetto di «luogo d’esecuzione» delle obbligazioni contrattuali, tanto più che la determinazione del luogo d’esecuzione delle obbligazioni dipende dal tipo di contratto cui esse appartengono»⁵⁸.

30. Passando alla diversa espressione di “luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto o può avvenire” di cui l’art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis*, va notato che la stessa è impiegata dall’art. 4, par. 1, del regolamento Roma II, il quale dispone che «la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da un fatto illecito è quella del paese in cui il danno si verifica, indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto». In via di “chiarimento” di questa regola⁵⁹, il legislatore europeo ha poi stabilito all’art. 6, par. 2, lett. a), dello stesso regolamento che, laddove l’illecito sia un atto limitativo della libera concorrenza, si applica «la legge del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto». Con tale disposizione si è dunque chiarito che, ai fini della soluzione del conflitto di leggi, in presenza di un illecito concorrenziale, il *locus damni* è il mercato affetto dalle condotte anticoncorrenziali.

Nulla osta a che tale soluzione venga utilizzata anche per il conflitto di giurisdizioni. Anzi, ciò è pienamente conforme all’esigenza di assicurare coerenza tra le disposizioni dei regolamenti Bruxelles e Roma II, come indicato dal considerando 7 di quest’ultimo regolamento⁶⁰. Di conseguenza, il *locus*

⁵⁴ Sentenza del 6 ottobre 1976, causa C-12/76, *Tessili* (ECLI:EU:C:1976:133), punto 10.

⁵⁵ Ivi, punto 13.

⁵⁶ P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L’art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, CEDAM, 2006, p. 32.

⁵⁷ Sulla distinzione tra i due, v. per tutti P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L’art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, CEDAM, 2006, pp. 32-36.

⁵⁸ Sentenza *Tessili* cit., punto 14.

⁵⁹ Il considerando 21 del regolamento Roma II afferma che «La disposizione specifica dell’articolo 6 non costituisce un’eccezione alla regola generale di cui all’articolo 4, paragrafo 2, ma piuttosto un chiarimento della stessa. In materia di concorrenza sleale, la regola di conflitto di leggi dovrebbe tutelare i concorrenti, i consumatori e il pubblico in senso lato, nonché garantire il corretto funzionamento dell’economia di mercato. Il collegamento con la legge del paese in cui i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori sono o possono essere pregiudicati permette in genere di realizzare questi obiettivi».

⁶⁰ Il considerando 7 viene richiamato dalla Corte nella sentenza *fyLAL II* cit., punto 41. Cfr. le conclusioni dell’avv. gen. Wahl nella causa C-350/14, *Lazar* (ECLI:EU:C:2015:586), «Ritengo tuttavia che, sebbene i rispettivi obiettivi perseguiti da ciascuno degli atti giuridici [regolamento Roma II e regolamento Bruxelles I] divergano in una certa misura, le nozioni presenti nel regolamento Roma II devono, per quanto possibile, essere intese tenendo conto delle interpretazioni accolte nel contesto della convenzione di

damni può essere fatto coincidere con il mercato interessato dalle condotte anticoncorrenziali anche ai fini giurisdizionali.

31. Fatta questa premessa, si deve ora individuare come la Corte interpreti il criterio giuridico di *locus damni*, quand'anche inteso come luogo del mercato affetto dalle condotte anticoncorrenziali.

Un suggerimento si può ricavare dal fatto che nell'introdurre la questione della localizzazione del danno, la Corte si riferisce alla decisione di rinvio, da cui risulta che «le presunte condotte anticoncorrenziali delle convenute nel procedimento principale hanno riguardato il mercato dei voli da e verso l'aeroporto di Vilnius, determinando, secondo la flyLAL, una distorsione della concorrenza in seno a tale mercato»⁶¹. Merita a questo punto ricordare che prima del giudizio risarcitorio da cui è sorto il rinvio pregiudiziale, vi era stata la decisione del Consiglio per la concorrenza della Lettonia, il quale aveva accertato che il sistema di riduzione dei prezzi realizzato dal gestore dell'aeroporto di Riga (da cui la Air Baltic aveva tratto vantaggio) era contrario all'art. 102 TFUE.

Orbene, anche se la decisione dell'autorità nazionale lettone non è perfettamente riferibile alla pratica anticoncorrenziale contestata dalla flyLAL⁶², questi riferimenti preliminari consentono di identificare la prospettiva dalla quale la Corte ricostruisce il concetto di mercato. Questa è quella del diritto europeo della concorrenza, per l'appunto.

32. Sarà dunque alla luce della nozione di mercato propria del diritto della concorrenza dell'Unione che il giudice adito dovrà verificare la propria competenza ai sensi dall'art. 7 n. 2 del regolamento Bruxelles I *bis*⁶³. Mi riferisco, in particolare, al concetto di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza definito dalla Commissione come il frutto della combinazione dei criteri del mercato del prodotto e del mercato geografico⁶⁴.

Senza entrare nel merito di tale definizione, basti qui sottolineare che, essendo questo concetto di mercato comune ed uguale in tutti gli Stati membri, tramite siffatta soluzione si favorisce una ricostruzione autonoma della nozione di *locus damni* sottostante il foro speciale in materia di illeciti.

Bruxelles o del regolamento Bruxelles I. Occorre infatti stabilire un certo parallelismo nell'interpretazione delle nozioni in parola, posto che gli strumenti giuridici perseguono tutti un obiettivo di prevedibilità delle soluzioni adottate». V. E. FRONCZAK, "Cuius legislatio, eius iurisdictio? The Emerging Synchronisation of European Private International Law on Tort", *ERA Forum*, 2016, p. 184.: «[T]he Rome II Regulation introduces the principle of the *lex loci damni*. According to the legislature, as stated in recital 16, this rule strikes a fair balance between the interests of both parties to the dispute. It needs to be seen whether the appearance of the Rome II Regulation, and the imperative of consistency between this Regulation and the Brussels Ia Regulation will result in the interpretation of Art. 7(2) of the latter promoting the linking factor of the place where the damage occurred».

⁶¹ Sentenza *flyLAL II*, cit., punto 38.

⁶² Ricordo che la flyLAL si duole della perdita provocatagli a partire da un asserito accordo anticoncorrenziale (101 TFUE) concluso tra la Air Baltic e il gestore dell'aeroporto di Riga, sulla cui base si sarebbe dato vita al sistema di riduzioni sanzionato dall'autorità della concorrenza lettone (102 TFUE). Cfr. sentenza *flyLAL II* cit., punto 8 s.

⁶³ Tale verifica deve essere *prima facie*, senza entrare in considerazioni di ricevibilità o fondatezza della domanda e senza entrare nel merito della pretesa risarcitoria. In tal senso, conclusioni dell'avv. gen. Bobek nella causa *flyLAL II*, punto 92. Sull'impiego del concetto di mercato proprio del diritto della concorrenza europea, vedasi B. VILA COSTA, "How to Apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: A Coherent Approach", in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, a p. 27: «As regards the interpretation of Article 5(3) in relation to competition law infringements, it is important to bear in mind that the localisation of the place where the harmful event took place can be facilitated by having recourse to the antitrust rules themselves. Indeed, the content and the scope of the competition rules must be interpreted as a way of *pre-localising the place of the harmful event*. Competition law rules are per se linked to a particular market, since the criterion of the affected market is precisely the key factor which sets in motion the applicability of the antitrust rules. And the affected market can be analysed, inter alia, from a territorial or geographical point of view. Therefore, it is submitted that this geographical localisation in terms of the competition infringement should be seen as a first step as regards the localisation of the harm, for the interpretation of the jurisdiction rules»; M. HELLNER, "Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation", *YbPIL*, 2007, a p. 60: «The question is whether the concept of the relevant geographic market from substantive Community antitrust law can also be used in determining the affected market for Community choice-of-law purposes [...] It would also be quite complicated to work with two different market definitions – one for substantive law and one for choice-of-law – and, it might be added, a third one for determining jurisdiction under Article 5(3) of the Brussels I Regulation».

⁶⁴ V. Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997 sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, 97/C 372/03, § 7 s.

B) Promozione del private antitrust enforcement

33. Passando alla seconda ragione alla base della lettura mercato-centrica del foro speciale per gli illeciti, è bene ricordare che, a partire dalle pronunce *Courage* e *Manfredi*⁶⁵, i soggetti privati sono stati resi 'guardiani' del rispetto delle regole del mercato unico, potendo gli stessi chiedere il risarcimento del danno provocato da illeciti concorrenziali⁶⁶. Durante il dibattito politico che ha preceduto l'adozione della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014 sulle azioni per il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea ("direttiva 2014/104"), si è affermato che «le azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust rispondono ad un duplice obiettivo: *in primis*, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità (deterrenza)»⁶⁷. Da qui la natura complementare del *private antitrust enforcement* rispetto alla tutela pubblicistica della libera concorrenza nel mercato interno⁶⁸. Il legislatore europeo, in altri termini, ha voluto rafforzare la tutela

⁶⁵ Sentenza *Courage* cit., punto 26: «La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto art. sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza»; sentenza del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi* (EU:C:2006:461), n. 2 del dispositivo: «L'art. 81 CE deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale art. e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno».

⁶⁶ A.P. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, a p. 10: «[W]hen citizens pursue their Community rights in the national courts, apart from serving their personal interests, they also indirectly act in the Community interest and become 'the principal "guardians" of the legal integrity of Community law within Europe'»; v. J. BASEDOW, "The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts", *Tex Int Law J.*, 2007, p. 436.

⁶⁷ Libro Verde della Commissione Europea, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672 definitivo, p. 5.

⁶⁸ La natura complementare del *private enforcement* emerge dal considerando 7 del regolamento 1/2003/CE del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato ("regolamento 1/2003"). Vedasi altresì il discorso della Commissaria KROES, *Damages Actions for Breaches of EU Competition Rules: Realities and Potentials*, October 2005, disponibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-613_en.pdf. Sulla doppia funzione delle azioni di risarcimento dei danni *antitrust*, vedasi A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, p. 43, «[L]as acciones indemnizatorias contribuyan indirectamente a reforzar algunos de los fines públicos que persigue el Derecho antitrust, come, *ad ex.*, la libre competencia o la tutela del mercado»; L. CALZOLARI, *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2015, a p. 33: «Anche se strumentali alla distribuzione di interessi privati, i giudizi civili sono dunque funzionali alla tutela della concorrenza come istituzione. E sono quindi compatibili con l'interesse pubblico sotteso a tale risultato. Ciò non equivale a dire che il *private enforcement* si possa sviluppare senza alcuna limitazione. Significa piuttosto che non vi è incompatibilità fra azione pubblica e privata»; P. IANNUCELLI, "The European Court of Justice and the Shaping of Private Enforcement of EU Antitrust Law through Preliminary Rulings", in *EU Competition Law Between Public and Private Enforcement*, a cura di B. CORTESE, Kluwer Law International, 2014, a p. 225: «Whereas by definition, an action for damages is promoted by the party seeking compensation, when such an action is considered from the perspective of private enforcement, and is therefore treated as a legal weapon that may be wielded in defence of competition law, it becomes quite clear that the judge has a central role to play [...]. It will therefore be up to the judge to interpret the law in such a way that tort cases relating to antitrust offences are conducted not only for their normal purpose of reaching a settlement based on compensation but also with a view to contributing to the general application of antitrust laws»; vedasi altresì G. FONDERICO, "Public and private enforcement", *AIDA*, 2015, pp. 8-15, il quale argumenta in termini di accessorietà, anziché di complementarità, della tutela privata rispetto a quella pubblica. Sul rapporto (problematico) tra le due funzioni, v. J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2007, a p. 2: «[There are] two basically different and sometimes contradictory objectives of the present debate on damage claims for anti-competitive behaviour: the full compensation of losses sustained by cartel victims and the deterrence of market actors from engaging in such conduct. We should refrain from looking at damages claims for anti-competitive behaviour only from the viewpoint of the private enforcement of competition law. While such private enforcement may be significant as a supplement to the public enforcement, it is not the only and not even the predominant target of compensation claims»; D.A. CRANE, "Compensation for Antitrust Violations: An Economic Perspective", *Antitrust Bull.*, 2016, pp. 357-364; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, "Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica", in *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO e B. NASCIBENE, Giuffrè, 2009, pp. 101 *et seq.*

della concorrenza adottando un modello di tutela “diffusa”⁶⁹, nel quale sul singolo è riversato il potere di chiedere l'applicazione delle norme sulla concorrenza tanto nazionali quanto comunitarie⁷⁰.

34. Essenziale per il successo di tale sistema è la presenza di norme di diritto internazionale privato che, oltre ad essere congegnate in modo tale da servire – o perlomeno non pregiudicare – gli scopi del *private enforcement*, consentano di individuare la legge applicabile e, prima ancora, il giudice competente a conoscere delle pretese risarcitorie derivanti da illeciti che, come ricordato, hanno dimensione necessariamente transnazionale⁷¹.

35. Se per quanto riguarda la competenza giurisdizionale la Commissione prende atto del regime Bruxelles, circa l'individuazione della legge applicabile solleva la questione del «se la norma generale di cui all'art. 5 della proposta [divenuto l'art. 4 del regolamento Roma II] è adeguata per i casi antitrust o se è necessaria una norma speciale, più precisa. Quest'ultima potrebbe specificare che si dovrebbe adottare un'impostazione basata sugli effetti»⁷². Questa osservazione si è poi tradotta nell'adozione – tutt'altro che piana⁷³ – dell'art. 6, par. 3, lett. a), del regolamento Roma II, descritto come norma direttamente ispirata all'obiettivo di promuovere il *private enforcement* all'interno dello spazio giudiziario europeo, anziché dalla volontà di ricercare una stretta connessione tra la fattispecie e l'ordinamento giuridico la cui legge viene applicata⁷⁴. Questo perché tramite l'applicazione alle pretese risarcitorie della legge del

⁶⁹ V. G.A. BENACCHIO, “Il *private enforcement* del diritto *antitrust*”, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, a cura di L.F. PACE *et al.*, Jovene editore, 2013, a p. 17: «Il *private antitrust enforcement* nasce dunque più come strumento per favorire il rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque sotto il profilo di un rafforzamento della deterrenza generale, che non come strumento civilistico di tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Le istituzioni comunitarie, e in primo luogo la Commissione, in questi ultimi anni hanno premuto per una politica di decentramento nell'applicazione del diritto *antitrust*; il numero sempre maggiore di Stati membri e il conseguente aumento delle possibili violazioni del diritto europeo hanno richiesto un allargamento dei soggetti, pubblici o privati comprese le persone fisiche, che possano in qualche modo contribuire a fare emergere e reprimere tali violazioni». Parte integrante del modello di tutela decentralizzata della concorrenza sono le autorità nazionali garanti della concorrenza, il cui ruolo e funzione esulano dal presente contributo. Sul rapporto tra Commissione, autorità nazionali della concorrenza e giudici civili nazionali, vedasi R. CHIEPPA, “La cooperazione tra il giudice italiano, l'autorità garante e la Commissione Europea”, in *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, a cura di G. TESAURO, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 311-324; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, “Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica”, in *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. ROSSI DAL POZZO e B. NASCIBENE, Giuffrè Editore, 2009, pp. 116-122; G. FONDERICO, “Public and private enforcement”, *AIDA*, 2015, pp. 3 *et seq.*; F. MUNARI, “L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni”, *Merc., conc., regolamento*, 2010, pp. 147-155; Sul modello di applicazione diretta e decentrata del diritto della concorrenza; L. CALZOLARI, *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2015, pp. 75-85.

⁷⁰ V. E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust. La Direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione. Modelli a confronto*, Jovene Editore, 2017, a pp. 28-29: «[Ne] *private antitrust enforcement* l'applicazione delle regole sulla concorrenza viene invece richiesta implicitamente da un privato in un giudizio civile per la tutela di una situazione giuridica soggettiva che ritenga lesa da un comportamento anticoncorrenziale da parte delle imprese».

⁷¹ L'emersione degli aspetti internazionalprivatistici del *private antitrust enforcement* si è verificata in un momento successivo alla nascita di tale fenomeno. Sul punto vedasi T. BALLARINO, “L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 70.

⁷² Libro Verde della Commissione Europea, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672 definitivo, p. 12.

⁷³ Tale disposizione, assente nella proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”) COM (2003) 427 definitivo, venne aggiunta nella configurazione attuale nel regolamento definitivo senza che sulla stessa fosse intercorsa approfondita discussione. Sull'origine di tale disposizione v. S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, pp. 93-96; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3^a ed., Sweet & Maxwell, 2009, pp. 597-600.

⁷⁴ V. J. FITCHEN, “Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation”, *J.Priv.Int.L.*, 2009, p. 343; S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, pp. 91-92; C. FRATEA, *Il “private enforcement” del diritto della concorrenza dell'Unione europea: profili europei internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 164, p. 169; M. ILLMER, “Art. 6 Rome II”, in *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, a cura di P. HUBER, Sellier- De Gruyter, 2011, p. 178; PIRONON, “Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence” in *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non*

paese sul cui mercato si ripercuotono gli effetti dell'illecito concorrenziale (i) la legge applicabile al *private enforcement* e quella regolatrice del *public enforcement* risultano appartenere allo stesso Stato⁷⁵, agevolando il coordinamento tra autorità pubbliche e giudici chiamati a conoscere profili differenti della stessa infrazione e (ii) si favorisce il risarcimento dei danni nella misura e con il grado di deterrenza previsto dal diritto del paese in cui l'illecito è stato localizzato.

36. Di conseguenza, se la norma di conflitto che il regolamento Roma II dedica agli illeciti concorrenziali vede la tradizionale logica 'localizzatrice' oscurata dall'obiettivo di tutelare la concorrenza nel mercato unico, lo stesso deve dirsi della soluzione interpretativa fatta propria dalla Corte di giustizia. Localizzando ai fini giurisdizionali il danno da intesa concorrenziale nel «luogo del mercato interessato dalle suddette condotte in seno al quale la vittima sostiene di aver subito detto calo [delle vendite]», si dota il sistema di *private antitrust enforcement* di norme internazionalprivatistiche che gli consentono di funzionare correttamente. In particolare: (i) si realizza la coincidenza tra *forum* e *jus*, così favorendo l'effettività dell'applicazione privata del diritto della concorrenza; (ii) si agevola il coordinamento tra giudici e autorità nazionali garanti della concorrenza, le quali possono, ai sensi dell'art. 15 del regolamento 1/2003, presentare al giudice competente osservazioni circa l'applicazione delle regole di concorrenza⁷⁶ e (iii) si alleggerisce l'*onus probandi* gravante in capo all'attore⁷⁷, grazie all'effetto vincolante attribuito alla decisioni definitive delle autorità nazionali della concorrenza e della Commissione⁷⁸.

C) Funzione regolatoria del diritto internazionale privato

37. Infine, è da rilevare che l'attribuzione della competenza al giudice del paese il cui mercato è stato inficiato dalla condotta anticoncorrenziale risponde a quella funzione regolatoria del diritto internazionale privato che, sebbene svolta da alcuni autori in riferimento ad un contesto globale⁷⁹, qui intendo ri-

contractuelles, a cura di S. CORNELOUP e N. JOUBERT, Litec, 2008, pp. 119-121; E. RODRIGUEZ PINEAU, "Conflict of Laws Comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation", *J.Priv.Int.L.*, 2009, p. 312 e pp. 320-321.

⁷⁵ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, 10, 2, 2018, a p. 168: «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».

⁷⁶ Il coordinamento tra giudice civile e autorità nazionali della concorrenza è auspicato dal considerando 6 della direttiva 2014/104 («Per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza. È necessario dettare regole per coordinare in modo coerente queste due forme di applicazione [...]») e dal considerando 21 del regolamento 1/2003 («L'applicazione coerente delle regole di concorrenza richiede inoltre l'istituzione di meccanismi di cooperazione fra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri. Ciò vale per tutte le giurisdizioni degli Stati membri che applicano gli articoli 81 e 82 del trattato, a prescindere dal fatto che applichino tali regole in controversie tra privati o agendo in quanto autorità pubbliche di esecuzione o in quanto giurisdizioni di ricorso. In particolare, le giurisdizioni nazionali dovrebbero potersi rivolgere alla Commissione per ottenere informazioni o pareri in merito all'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza. Occorrerebbe inoltre che la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri potessero formulare osservazioni per iscritto o oralmente dinanzi alle giurisdizioni chiamate ad applicare l'articolo 81 o l'articolo 82 del trattato»).

⁷⁷ Per un'analisi dell'onere probatorio gravante sull'attore, vedasi A. HOWARD, "Too Little, Too Late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust Damages", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, pp. 3-5; C. TESAURO, "Recenti sviluppi del private antitrust enforcement", *Merc., conc., reg.*, 2011, pp. 442-452.

⁷⁸ Ai sensi, rispettivamente, dell'art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104 e dell'art. 16 del regolamento 1/2003. Sul diverso effetto di una decisione definitiva presa dall'autorità nazionale della concorrenza di uno Stato membro differente da quello del giudice adito per il risarcimento dei danni, vedasi L. CALZOLARI, *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e tecniche alternative di applicazione pubblica della normativa antitrust*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Milano, 2015, pp. 125-128.

⁷⁹ Sulla funzione del diritto internazionale privato quale strumento di *global governance*, v. M. DANOV, "Global Competition Law Framework: A Private International Law Solution Needed", *J.Priv.Int.L.*, 2016, pp. 77-105; H. MUIR WATT, "Private International Law beyond the Schism", *Transnational Legal Theory*, 2011, pp. 347-427; H. MUIR WATT, "Globalisation and

ferire all'ambito regionale dell'Unione Europea. Nel realizzarsi progressivo della “federalizzazione” del diritto internazionale privato dell'Unione⁸⁰, esso abbandona il ruolo di strumento neutrale del tutto scisso dal contesto politico di riferimento per divenire meccanismo intra-sistematico⁸¹ idoneo ad evitare la venuta ad esistenza di “conflitti diagonali” che pregiudicano la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

38. Nel contesto concorrenziale, ed in particolare nel *private antitrust enforcement*, sono più d'uno i profili nei quali vanno ad intrecciarsi – in via contrastante o in via coordinata a seconda dei casi – aspetti disciplinati dal legislatore europeo e dai legislatori nazionali⁸². Questo è conseguenza del fatto che il *private enforcement* del diritto della concorrenza europea è strumento per sua natura “ibrido”, amministrato localmente, ma di ispirazione europea e diretto a produrre effetti che si riversino sul mercato “regionale” unico.

Come ipotesi di conflitto diagonale, si pensi ad un illecito concorrenziale che, sanzionato come tale dalle autorità garanti della concorrenza dello Stato A, non dà vita ad un'obbligazione risarcitoria in quanto il giudice dello stesso Stato A ritiene il danno lamentato non sia localizzabile nel suo Stato o non sia tale da soddisfare i requisiti richiesti dalla legge applicabile alla responsabilità civile. In casi come questo, dove condotte anticoncorrenziali – pur riconosciute come tali – chiedono un radicamento territoriale ai fini di una valida azione risarcitoria, il diritto internazionale privato costituisce efficace strumento di allocazione delle fattispecie nell'ordinamento dell'uno o dell'altro Stato membro⁸³. Posto in altri termini, al fine di permettere l'identificazione preventiva dell'autorità competente per il *private enforcement*, sono necessarie regole giurisdizionali che, pur al costo di accettare una frammentazione nella cognizione di una causa dal respiro più ampio, ne indichino i presupposti e i limiti territoriali di competenza⁸⁴.

39. Una siffatta soluzione – conforme alla giurisprudenza *Shevill*⁸⁵ che racchiude entro limiti territoriali ben definiti la competenza del giudice del luogo dove il danno è subito⁸⁶ – fa sorgere dubbi

Private International Law”, in *Encyclopedia of Private International Law*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Elgar, 2017, pp. 845-851; H. MUIR WATT, “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, in *Private International Law and Global Governance*, a cura di H. MUIR WATT e D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, Oxford University Press, 2014, pp. 2-19.

⁸⁰ J. HEYMANN, “Importing Proportionality to the Conflict of Laws”, in *Private International Law and Global Governance*, a cura di H. MUIR WATT e D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, Oxford University Press, 2014, pp. 278-280.

⁸¹ In tali termini, H. MUIR WATT, “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, in *Private International Law and Global Governance*, a cura di H. MUIR WATT e D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, Oxford University Press, 2014, p. 15.

⁸² Si pensi a titolo esemplificativo al possibile conflitto tra (i) quanto disposto dal diritto europeo della concorrenza e diritto nazionale della concorrenza, entrambi rilevanti ai fini del *private enforcement*; (ii) il diritto al pieno risarcimento di cui alla direttiva 2014/104 e i requisiti procedurali richiesti dalla *lex fori* (quale il nesso di causalità, la prova del danno) in assenza dei quali nessun risarcimento può essere disposto.

⁸³ S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Hart Publishing, 2012, a p. 121: «In competition law litigation, defining the relevant market is often a very complex investigation involving the assessment of many economic factors. Moreover, markets are delineated according to economic criteria without taking into account State borders. In turn, for matters of private international law, it suffices however to apply a ‘simplified analysis’ given that the judge has merely to link the effects of a given anti-competitive activity to one or more national legal systems, ie to the territory of one or more countries [...]. An ‘economic market’ spanning over the national borders of one country (regional or worldwide markets) must therefore be divided into ‘legal sub-markets’ in order to locate the applicable national law for each claimant or each class of claimants».

⁸⁴ Sulla necessità di tali regole, v. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the Way Towards a European Private International Law Code”, *The European Legal Forum*, 2007, p. 77: «The functioning of supra-national integrated markets also calls for a sound institutional framework. Nevertheless, in this case, the point of departure is somehow different to the extent that there are already several national markets, each of them with its own private law and with its own judicial mechanism of implementing property rights. In this scenario, the question faced by the supra-national lawmaker is whether, for the smooth functioning of the integrated market, a unification of private and procedural law is needed, or is a minimum of harmonisation accompanied by the unification of private international law (PIL) rules enough».

⁸⁵ Sentenza del 7 marzo 1995, Causa C-68/93, *Shevill* (ECLI:EU:C:1995:61), punto 30.

⁸⁶ V. J. FITCHEN, “Allocating Jurisdiction in Private Competition Claims Within the EU”, *Maastrich J Eur Comp Law*, 2006, a p. 391: «According to the ECJ, in the event that some part of the tortious damage might be characterized as being directly inflicted upon an ‘interest’ that was damaged in different Member States, a foreign litigant might sue to protect her reputation either for all of her national and ‘international’ losses where so ever suffered, in the place where the publisher was so domiciled (via Article 2 [Brussels Convention]); or, should she choose to fragment her claim along national lines, for the particular

circa la competenza del giudice adito a pronunciarsi sulla sussistenza di una condotta anticoncorrenziale, stante la natura transnazionale di quest'ultima. Se una possibile soluzione è ritenere quanto deciso sull'illecito concorrenziale pronuncia pregiudiziale con efficacia limitata al giudizio risarcitorio, contro la stessa vi è quanto disposto dall'art. 1 del regolamento 1/2003, il quale pare suggerire che le decisioni delle autorità giurisdizionali di uno Stato membro in merito alla violazione del diritto della concorrenza abbiano efficacia di *res judicata*⁸⁷. Ecco dunque un'aporia risultante dal mancato aggiornamento delle disposizioni volte ad allocare la competenza giurisdizionale tra i vari Stati membri in occasione della 'modernizzazione' del diritto europeo della concorrenza.

40. Ad ogni modo, predisponendo chiare regole di competenza giurisdizionale si evita che autorità diverse prendano decisioni potenzialmente contrastanti su una medesima questione⁸⁸ e, più a monte, si previene l'insorgenza di conflitti diagonali nello spazio giudiziario europeo. In aggiunta, il coordinamento tra i diversi attori in gioco (istituzioni dell'Unione, autorità nazionali e soggetti privati)⁸⁹ viene a subire un notevole miglioramento, divenendo più semplice identificare i confini delle rispettive sfere di competenza. Se è vero infatti che il modello di *governance* adottato nel contesto del diritto della concorrenza è ispirato a forme di cooperazione orizzontale "senza frontiere interne"⁹⁰, rimane comunque ferma l'esigenza di chiarire le categorie di fattispecie per le quali sussiste la competenza dell'una o dell'altra autorità.

III. Rilettura delle esigenze alla base dei fori speciali del regime Bruxelles

41. In apertura al presente contributo, ho ricordato che ragioni di prossimità, prevedibilità ed economia processuale⁹¹ presiedono alla previsione di fori alternativi a quello generale del domicilio del convenuto nel regime Bruxelles.

42. In via conclusiva, intendo ora effettuare una rilettura di queste ragioni, che sia tale da ricomprendere le osservazioni della sezione precedente.

In sintesi, ritengo che, localizzando a fini giurisdizionali il danno da illecito concorrenziale nel paese sul cui mercato gli effetti negativi si sono riprodotti, si rende lo spazio giudiziario europeo un 'microcosmo' equilibrato⁹², dove l'identificazione dell'autorità competente a conoscere della pretesa

damage done to her reputation in each individual Member State (via Article 5(3)), with the claims arising from this last option being limited to the losses that stemmed from the publication of the defamatory material within each said Member State». Negli stessi V. altresì T. BALLARINO, "L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico", *Riv. dir. internaz.*, 2008, a p. 77, dove parla di «principio territorialistico enunciato dalla Corte nel caso *Shevill* per le azioni da illecito civile: ciascun giudice comunitario ha competenza per statuire soltanto in ordine ai danni verificatisi nel territorio dello Stato cui appartiene».

⁸⁷ M. DANOV, *Jurisdiction and Judgments in Relation to Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, pp. 99-100.

⁸⁸ Nelle parole di F. MUNARI, "Sui limiti internazionali all'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza", *Riv. dir. internaz.*, 2016, a p. 57: «[In ambito *antitrust* vi è] frequente concorso di giurisdizioni sulla medesima fattispecie. In materia di concentrazioni [...] sovente si assiste anche a una diversa valutazione sull'ammissibilità o meno della concentrazione, con conseguente onere delle imprese di ottenere l'autorizzazione alla fusione da parte di tutte le autorità degli ordinamenti che si ritengono competenti-o interessati- a delibare l'operazione. Ma lo stesso vale anche per le pretese violazioni delle norme *antitrust*, rispetto alle quali, salvo eventuali cooperazioni stabilite in via pattizia, non vale affatto il principio del *ne bis in idem* e quindi non è infrequente l'avvio, in parallelo, di più procedimenti di infrazione dinanzi a diverse giurisdizioni». Vedasi altresì J. BASEDOW, "International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization", *La.L.Rev.*, 2000, a p. 1041: «[T]he assessment of one and the same anticompetitive behaviour in two countries involved may be very different although it is based on similar rules».

⁸⁹ V. M. DANOV, "Global Competition Law Framework: A Private International Law Solution Needed", *J.Priv.Int.L.*, 2016, p. 80.

⁹⁰ Il contesto della concorrenza viene indicato in via esemplificativa da H. MUIR WATT come ambito nel quale la funzione regolatoria si svolge sottoforma di *network*, in "Governing Networks. A Global Challenge for Private International Law", *Mastrich J Eur Comp Law*, 2015, pp. 356-357.

⁹¹ V. *supra* §§ 6 e 8.

⁹² Sulla coincidenza di *ius e forum* quale caratteristica dello spazio giudiziario europeo così come derivante dall'impiego funzionale del diritto internazionale privato, v. H. MUIR WATT, "Globalisation and Private International Law", in *Encyclopedia of Private International Law*, a cura di J. BASEDOW *et al.*, Elgar, 2017, p. 851.

risarcitoria diventa più agevole. In conseguenza di ciò (i) la cognizione della causa avverrà in modo più spedito, grazie anche all'eventuale intervento delle autorità pubbliche della concorrenza e all'effetto vincolante delle loro decisioni; (ii) l'attore sarà incentivato alla promozione di azioni risarcitorie, grazie all'effetto vincolante delle decisioni rese dalle autorità pubbliche della concorrenza e (iii) si delinea un quadro ordinato, dove alla localizzazione del nocumento concorrenziale seguirà l'attribuzione della competenza all'applicazione pubblica e privata del diritto della concorrenza alle autorità dello stesso Stato, consentendo agli effetti deterrenti di seguire il loro corso.

43. Traducendo tali concetti secondo categorie "tradizionali", il giudice del paese sul cui mercato si ripercuotono gli effetti della condotta anticoncorrenziale è quello il cui intervento, agevolato dalla vicinanza spazio-giuridica e dall'applicazione del proprio diritto nazionale⁹³, si rivela più prevedibile alle parti in causa. Inoltre, l'agile cooperazione con l'autorità nazionale della concorrenza, rende il suo intervento preferibile da un punto di vista di costi processuali e di celerità nello svolgimento del giudizio.

⁹³ Nelle parole di E. FRONCZAK, "*Cuius legislatio, eius iurisdictio? The Emerging Synchronisation of European Private International Law on Tort*", *ERA Forum*, 2016, a p. 185, «As a matter of fact, the law applicable to a given dispute can also have an influence on the expediency of the proceedings and sound administration of justice in general. The process of adjudicating will definitely be faster and the possibility of error much lower, if the applicable law is directly available in the language of the court seised and its provisions, including their interpretation in the legal writing and domestic case law, are known to this court. The whole procedure may be affected when a court of a Member State has to apply the law of another Member State or a few of them to decide one case. The use of foreign law will also have an impact on the costs of the proceedings». V. altresì E. LEIN, "Special Jurisdiction (Article 7(2))", in *The Brussels I Regulation Recast*, a cura di A. DICKINSON e E. LEIN, Oxford University Press, 2015, pp. 161-62.

LA NOCIÓN DE “CONSUMIDOR” EN INTERNET:
EL ASUNTO C-498/16,
*MAXIMILIAN SCHREMS Y FACEBOOK IRELAND LIMITED**

INTERNET CONSUMER:
CASE C-498/16,
MAXIMILIAN SCHREMS V. FACEBOOK IRELAND LIMITED

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4642>

Resumen: El presente artículo versa sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 enero 2018, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, relativa a la condición de “consumidor” del usuario de una cuenta privada de Facebook. Dicha noción de “consumidor” será examinada en el ámbito de los foros de competencia judicial internacional de la Sección 4 (“Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”) de los Reglamentos 1215/2012 y 44/2001.

Palabras clave: consumidor, redes sociales, competencia judicial internacional, Reglamento 1215/2012, Reglamento 44/2001.

Abstract: This article deals with the Judgment of the European Court of Justice of 25 January 2018, *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*, related to the status as a “consumer” of the user of a private Facebook account, in the field of Section 4 (Jurisdiction over consumer contracts) of Regulation (EU) 1215/2012 and Regulation (EC) 44/2001.

Keywords: consumer, social networks, jurisdiction, Regulation 1215/2012, Regulation 44/2001.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del caso. III. La protección de la Sección 4. 1. Los contratos de consumo de la Sección 4. 2. El concepto de “consumidor” en el caso Schrems. A) El ejercicio de las propias acciones. B) El ejercicio de las acciones cedidas por otros consumidores. 3. El foro del lugar del domicilio del consumidor, en caso de ejercicio de las propias acciones. IV. Conclusiones.

* Artículo realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación “La prestación de servicios de carácter digital: Retos y lagunas”, DER2017-82638-P, cuya Investigadora Principal es la Profesora Dra. M. J. Santos Morón. Financiado por: FEDER/ Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/ _Proyecto DER2017-82638-P.

I. Introducción

1. El presente trabajo versa sobre el concepto de *consumidor* en lo que respecta a los usuarios de redes sociales, concepto perfilado por el TJUE en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited* (en adelante, caso *Schrems*)¹.

Se analizará el concepto de consumidor del art. 17.1 del *Reglamento (CE) núm. 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 el caso objeto de estudio, art. 15.1 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 judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento 44/2001)³.

2. Como punto de partida cabe tener presentes, tal como expuso el Abogado General en sus *Conclusiones*, las dificultades que supone tratar de encajar a los usuarios de redes sociales (y al uso que los mismos realizan), en las “definiciones un tanto cuadrículadas” de los Reglamentos⁴.

II. Hechos del caso

3. El caso *Schrems* surgió con motivo de una demanda interpuesta por un sujeto domiciliado en Austria –Sr. Schrems-, contra Facebook Ireland Limited, empresa domiciliada en Irlanda (en adelante, Facebook Ireland)⁵.

4. El demandante –Sr. Schrems-, disponía en la red social Facebook de una *cuenta* y una *página*⁶. Mientras que la cuenta –creada en 2008- la dedicaba al intercambio de fotografías, a la utilización de *chat* y a la publicación de comentarios; la página –creada en 2011- la empleaba para difundir sus actividades en su lucha contra Facebook Ireland, que el demandante consideraba que había vulnerado normas en materia de protección de datos (entre las actividades difundidas se encuentran las acciones legales contra la empresa, conferencias, publicaciones y solicitud de donativos para la asociación fundada por el demandante)⁷.

5. El Sr. Schrems demandó a Facebook Ireland ante los tribunales austriacos, formulando pretensiones de carácter declarativo, de cesación, de información, de rendición de cuentas y por daños y perjuicios, solicitando 4000 euros⁸.

¹ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 febrero 2018, pp. 1-5, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; J. J. GONZALO DOMENECH, “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9157, 13 marzo 2018, pp. 1-9, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; L. MORENO GARCÍA, “Delimitación del «fuero del consumidor» en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, *Diario La Ley*, núm. 9270, 2 octubre 2018, pp. 1-8, disponible en <http://diariolaley.laley.es>.

² *DOUE* núm. L 351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>.

³ Vid., *DOCE* núm. L 12, de 16 enero 2001, pp. 1-23, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj>.

⁴ CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 44.

⁵ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 2. Vid. “Max Schrems, el hombre que retó a Mark Zuckerberg”, *El País Semanal*, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/05/10/eps/1525952227_419658.html (fecha de consulta: 11 enero 2019).

⁶ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 10.

⁷ *Ibidem*, apartados 10 y 13.

⁸ *Ibidem*, apartados 2 y 15. Vid. también CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 14.

El demandante planteaba que su reclamación se basaba en su propio derecho y en el de otros siete sujetos que le habían cedido sus derechos⁹. Esos otros sujetos se encontraban domiciliados en países de la Unión Europea (Austria y Alemania) y en un tercer Estado (India)¹⁰.

6. El Sr. Schrems acudió a los tribunales austriacos alegando el foro del entonces art. 16.1 del Reglamento 44/2001, que determinaba que “1. La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte...”. Así, el Sr. Schrems entendía que dicho foro le permitía demandar ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio a Facebook Ireland, tanto en lo que se refería a su propio derecho como a los derechos cedidos por los otros siete sujetos¹¹.

7. Planteada la demanda ante los tribunales de Viena (Austria), la competencia judicial internacional fue impugnada por Facebook Ireland, siendo negada en primera instancia la condición de consumidor al Sr. Schrems porque su uso de la red social incluía fines profesionales; y siendo entendido que tampoco cabía admitir que los cedentes pudieran transmitirle su foro de consumidores al Sr. Schrems¹².

8. En segunda instancia, se distinguieron dos supuestos: a) en lo referido a su propio derecho, el tribunal admitió que el Sr. Schrems podía beneficiarse del foro previsto para los consumidores; b) en lo que respectaba a los derechos cedidos, el tribunal entendió que el foro previsto para los consumidores no podía ser invocado por un cesionario¹³.

9. Al interponerse un recurso ante el Tribunal Supremo Civil y Penal de Austria, surgió la necesidad de plantear dos cuestiones al TJUE:

- a) Si el Sr. Schrems tenía la condición de “consumidor”, a los efectos de la competencia judicial internacional; y
- b) si el foro previsto para los consumidores podía ser empleado en caso de cesión de derechos por otros consumidores¹⁴.

III. La protección de la Sección 4

10. El caso *Schrems* se planteó cuando resultaba de aplicación la Sección 4 del Capítulo Segundo del Reglamento 44/2001; siendo trasladables las conclusiones del caso a la actual Sección 4 del Capítulo Segundo del Reglamento 1215/2012¹⁵.

11. El Reglamento 1215/2012 dedica, al igual que el Reglamento 44/2001, una Sección específica a los contratos celebrados por consumidores¹⁶. La regulación de los foros de competencia judicial

⁹ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 16.

¹⁰ Ídem.

¹¹ *Ibidem*, apartado 17.

¹² *Ibidem*, apartado 19.

¹³ *Ibidem*, apartado 20.

¹⁴ *Ibidem*, apartado 24.

¹⁵ Vid., entre otros, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 febrero 2018, p. 2, disponible en <http://diariolaley.laley.es>

¹⁶ Como se ha indicado, nuestro objetivo en este trabajo es analizar el concepto de consumidor, a los efectos de la utilización, por parte de los usuarios de redes sociales, de los foros de la Sección 4 del Reglamento 1215/2012. Estos foros permiten a los usuarios plantear reclamaciones contra las empresas en el ámbito contractual. Al respecto, cabe tener presente que, si las reclamaciones versan sobre la infracción de normas en materia de protección de datos personales, los usuarios también pueden emplear, desde el 25 mayo 2018, los foros del *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales*

en una Sección independiente responde a la necesidad de proteger al consumidor, como parte débil, con foros más favorables que los foros generales¹⁷. La Sección 4 del Capítulo Segundo tiene la peculiaridad de que la misma contiene una definición de los *contratos celebrados por consumidores* que resultan incluidos en su ámbito de aplicación.

1. Los contratos de consumo de la Sección 4

12. Para que un contrato resulte incluido en el ámbito de aplicación de la Sección 4 del Capítulo Segundo del Reglamento 1215/2012, vamos a referirnos en este trabajo a dos condiciones (art. 17.1 Reglamento 1215/2012):

- A) En primer lugar, el contrato ha de ser celebrado por una persona “para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional”. Esta persona es el denominado *consumidor*.
- B) En segundo lugar, ha de tratarse de un contrato incluido en uno de los siguientes supuestos¹⁸:
 - venta a plazos de mercaderías,
 - préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de los citados bienes, o
 - “en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades” (art. 17.1.c).

13. Como el caso objeto de este trabajo se refiere a un usuario de redes sociales, vamos a centrarnos en el tercer supuesto.

Mientras que la primera parte del art. 17.1 del Reglamento 1215/2012 hace alusión al *consumidor*, el art. 17.1.c) se centra en la figura del *otro contratante*. Así, en el ámbito del art. 17.1.c), han de cumplirse los siguientes requisitos¹⁹:

y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE núm. L 119, de 4 mayo 2016, pp. 1-88, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (en adelante, RGPD). Vid. art. 67 Reglamento 1215/2012: “El presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos” y Considerando 147 RGPD: “En los casos en que el presente Reglamento contiene normas específicas sobre competencia judicial, en particular por lo que respecta a las acciones que tratan de obtener satisfacción por la vía judicial, incluida la indemnización, contra un responsable o encargado del tratamiento, las normas generales de competencia judicial como las establecidas en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo... deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de dichas normas específicas” (al respecto, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 febrero 2018, p. 4, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; J. J. GONZALO DOMENECH, “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9157, 13 marzo 2018, p. 4, disponible en <http://diariolaley.laley.es>). Con respecto a los problemas que plantea la coordinación entre el Reglamento 1215/2012 y el RGPD, vid. también F. MARONGIU BUONAIUTI, “La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) N. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel Regolamento “Bruxelles I-bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 448-464, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3881/2437> .

¹⁷ Este mismo objetivo justifica Secciones independientes para los contratos de seguro (Sección 3, Capítulo II) y los contratos de trabajo (Sección 5, Capítulo II), tal como refleja el Considerando décimo octavo del Reglamento 1215/2012: “En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales”.

¹⁸ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1121-1122.

¹⁹ El art. 15.1 del Reglamento 44/2001, que fue el analizado en el caso Schrems, establece : “En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5:

- a) El otro contratante ha de ser un sujeto que celebra el contrato en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, y
- b) dichas actividades comerciales o profesionales han de ser ejercidas o bien dirigidas al Estado miembro del domicilio del consumidor (si las actividades se dirigen a varios Estados miembros, lo relevante es que, entre ellos, se encuentre el Estado miembro del domicilio del consumidor).

14. Como se expondrá con posterioridad, los contratos que cumplen las condiciones del art. 17 Reglamento 1215/2012 se rigen por foros que tratan de proteger al consumidor. Esta protección se traduce, por ejemplo, en que el consumidor puede demandar ante los tribunales del lugar de su propio domicilio al profesional. Este foro, contemplado en el art. 18.1 del Reglamento 1215/2012, se aparta del foro general (art. 4), que hace competentes a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado. Por ello, en el caso Schrems, el TJUE comienza refiriéndose a la necesidad de interpretar de manera estricta los foros del Reglamento que constituyen excepciones al foro general²⁰. Así, el objetivo consiste en evitar ir “más allá” de los supuestos admitidos por el Reglamento²¹.

2. El concepto de “consumidor” en el caso Schrems

A) El ejercicio de las propias acciones

15. En el caso Schrems existen, por un lado, las acciones que el Sr. Schrems quería ejercitar en virtud de su propio derecho; y las pretensiones derivadas de los derechos cedidos por los otros siete sujetos.

16. Con respecto a las acciones ejercitadas por el Sr. Schrems en virtud de su propio derecho, el TJUE comienza recordando los siguientes aspectos²²:

- el concepto de consumidor ha de ser interpretado de manera restrictiva,
- no resulta relevante la situación subjetiva de la persona,
- ha de atenderse a la posición que la persona tiene en el concreto contrato, así como a la naturaleza y finalidad del mismo (así, una misma persona puede ser calificado como consumidor en el ámbito de unos contratos y no de otros), y
- la aplicación de la Sección 4 únicamente se encuentra justificada cuando existe una parte contractual más débil, circunstancia que concurre cuando se trata de contratos cuyo objeto es “un uso que no sea profesional del bien o servicio” (es decir, contratos celebrados “independientemente” de actividades o finalidades profesionales).

a) cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías;

b) cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes;

c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”. Vid. M. J. CASTELLANOS RUIZ, “El foro de consumidores: comentarios a la Sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 9, núm. 2, 2017, p. 645, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3893/2449>.

²⁰ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 27.

²¹ Ídem, en el que se remite el TJUE a su Sentencia de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 32.

²² STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 29, 30 y 31, remitiéndose a su Sentencia de 3 julio 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl.*, ECLI:EU:C:1997:337, apartado 16; y a su Sentencia de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartados 36 y 37. Sobre la interpretación del TJUE en diversos pronunciamientos, vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 86-87, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068/387>.

17. En el caso, resulta necesario tener presente que el Sr. Schrems disponía de una *cuenta* (desde el año 2008) y una *página* de Facebook (desde el año 2011). Según indica la empresa: “Las páginas sirven para que las marcas, empresas, organizaciones y personajes públicos puedan formar parte de Facebook, mientras que los perfiles representan a personas individuales. Cualquier persona con una cuenta puede crear una página o ayudar a administrar una si se le ha concedido un rol en la página, como administrador o editor...”²³.

18. Por un lado, cabría plantear si existe un único contrato (que incluye la *cuenta* y la *página*) o si se trata de dos contratos distintos²⁴. El Abogado General plantea que, si se tratase de dos contratos distintos o de un contrato principal (*cuenta*) y uno accesorio (*página*), entonces debería determinarse la condición de consumidor en lo que respecta a la *cuenta*, “...atendiendo exclusivamente a la naturaleza y a la finalidad del contrato relativo a dicha cuenta”²⁵.

19. Si se considerase que existe un único contrato (*cuenta y página*), sí que sería preciso valorar si el uso profesional es o no insignificante, así como el posible dinamismo del contrato²⁶. Con respecto al dinamismo del contrato, el Abogado General expone en sus Conclusiones que esta cuestión se encuentra relacionada con el momento en que ha de ser valorada la condición de la parte²⁷. Conforme a la necesaria previsibilidad y confianza legítima que ha de existir entre las partes, el Abogado General plantea que, con carácter general, una parte ha de poder invocar la condición de la otra parte en el momento de celebración del contrato²⁸. Así, entiende que, como regla general, ha de resultar determinante la finalidad para la que se celebró el contrato inicialmente²⁹. El Abogado General considera que, únicamente con carácter excepcional, debido al contenido indeterminado y al uso prolongado, cabe tomar en consideración un posible cambio de la condición de la parte³⁰.

20. El TJUE, tras indicar que es el tribunal nacional el que ha de determinar si existe uno o dos contratos, apunta que la condición de consumidor, en lo que respecta a la cuenta, no puede resultar prejuzgada por la vinculación entre cuenta y página³¹. Al respecto, señala que resulta preciso plantearse qué ocurre cuando un sujeto celebra un contrato que, en parte, está relacionado con un uso profesional.

21. El TJUE considera que, en el caso de los usuarios de redes sociales, ha de tomarse en consideración el largo período de tiempo de utilización de las mismas y la correlativa evolución de su uso³². Así, la clave reside en valorar si el uso inicialmente no profesional ha evolucionado o no hacia un “carácter esencialmente profesional”³³.

22. Como se ha adelantado, entre las actividades difundidas mediante la página de Facebook, se encontraban las acciones legales del Sr. Schrems contra la empresa, sus conferencias (por las que en algunos casos percibió una retribución), publicaciones (dos libros) y solicitud de donativos para la

²³ Información disponible en https://www.facebook.com/help/282489752085908/?helpref=hc_fnav (fecha de consulta: 9 enero 2019).

²⁴ CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 54.

²⁵ *Ibidem*, apartados 55 a 57.

²⁶ *Ibidem*, apartados 58 y 59, refiriéndose a la Sentencia de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32.

²⁷ CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartados 35 y ss.

²⁸ *Ibidem*, apartado 38.

²⁹ *Ibidem*, apartado 41.

³⁰ *Ibidem*, apartados 41 y 42.

³¹ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 36.

³² *Ibidem*, apartado 37.

³³ *Ibidem*, apartado 38.

asociación por él fundada³⁴. Al respecto, el TJUE afirma que la condición de consumidor es independiente de los conocimientos, la especialización o una activa implicación en la defensa de los intereses de los usuarios ya que, en caso contrario, se estaría impidiendo una defensa de los derechos que se ostenta como consumidor³⁵. Por ello, considera que la especialización del Sr. Schrems y su implicación en la defensa de los derechos de los consumidores no han de provocar que deje de ser considerado “consumidor”³⁶.

Así, el TJUE llega a la conclusión de que “...un usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de «consumidor» en el sentido de ese artículo cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales”³⁷. Esta respuesta del TJUE a la primera cuestión suscita las siguientes reflexiones:

23. a) Aunque el TJUE remite al tribunal nacional la determinación de la existencia de dos contratos o de un solo contrato, el TJUE se pronuncia sobre qué ocurriría atendiendo a la segunda opción. En el caso de la primera opción, es decir, si se tratase de dos contratos independientes, el uso profesional de la página no afectaría a la condición de consumidor como usuario de la cuenta.

En cambio, si se considera que existe un único contrato, entra en escena el uso de la página, producto que Facebook Ireland afirma que está destinado a un uso profesional³⁸. Al respecto, el Abogado General, que también indica que corresponde al tribunal nacional concretar si existió o no un único contrato, apunta datos que pueden ser relevantes a la hora de valorar tal cuestión, como la circunstancia de que, para crear una cuenta, sea preciso aceptar unas condiciones generales del servicio, mientras que la página parece ser un servicio adicional con condiciones adicionales³⁹.

La determinación de la existencia de uno o varios contratos en lo que respecta a los diferentes servicios ofrecidos por las redes sociales resulta de especial relevancia: si se considerase que los diferentes servicios forman parte de un único contrato, ello podría provocar que, quienes deberían ser considerados *consumidores* con respecto a un determinado servicio (los usuarios de cuentas que se limitan a un uso con fines privados -que es el uso al que, según la empresa, han de ir destinadas-); acabarían viéndose “arrastrados” por el uso profesional que hacen de otros servicios. Por ello, consideramos que cada servicio debería ser tratado como un contrato independiente. Así, si una red social ofrece el servicio de una *cuenta para fines privados* y el servicio de una *página para fines profesionales*, en las reclamaciones que el usuario realice en el ámbito de la primera (en la medida en que la haya utilizado para fines privados), consideramos que merece una protección como consumidor.

24. b) En la hipótesis de que el tribunal nacional considere que la *cuenta* y la *página* forman parte de un único contrato, el TJUE indica que ha de ser valorado si el uso inicialmente no profesional ha evolucionado hacia un “carácter esencialmente profesional”⁴⁰.

³⁴ *Ibidem*, apartados 10 y 13. Vid. también CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 11.

³⁵ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 39 y 40.

³⁶ *Ídem*. Con respecto al “consumidor medio” y al “consumidor vulnerable” en Derecho español, vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 108-109, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068/387>.

³⁷ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 41.

³⁸ Vid. CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 58. De nuevo, vid. la información disponible en https://www.facebook.com/help/282489752085908/?helpref=hc_fnav (fecha de consulta: 9 enero 2019).

³⁹ CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 53.

⁴⁰ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 38.

En el caso *Gruber*, al que el TJUE se remite en algunos aspectos, el Tribunal determinó que⁴¹: “Una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas..., salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional” y que “Corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto decidir si el contrato de que se trata se celebró para satisfacer, en gran medida, necesidades vinculadas a la actividad profesional de la persona interesada o si, por el contrario, el uso profesional solamente tenía un papel insignificante”⁴². Así, en el caso *Gruber*, la regla era que un uso profesional insignificante, permitía ser protegido como consumidor⁴³. En cambio, en el caso *Schrems*, la regla pasa a consistir en que un uso no esencialmente profesional, permite gozar de protección como consumidor⁴⁴. Por ello, con el pronunciamiento en el caso *Schrems*, dicha protección beneficia a sujetos que, con la regla anterior, no tendrían la condición de consumidores. Nos referimos a aquellos sujetos cuyo uso profesional es superior a “insignificante” pero inferior a “esencialmente profesional”.

Por ello, en la línea expuesta por la doctrina, el TJUE ha realizado una “interpretación expansiva” del concepto de consumidor⁴⁵.

B) El ejercicio de las acciones cedidas por otros consumidores

25. Tras haber admitido el TJUE que el Sr. *Schrems* tenía la condición de consumidor, se pronunció sobre la segunda cuestión, es decir, si el Sr. *Schrems* podía invocar el foro del lugar de su propio domicilio con respecto a los derechos que le fueron cedidos por los otros siete consumidores⁴⁶.

26. El TJUE considera que, como el objetivo de la Sección 4 es la protección de la parte contractual más débil, es preciso:

- a) que exista una relación contractual entre quien tiene la condición de consumidor y el profesional; y
- b) que tal consumidor sea el demandante o el demandado en el procedimiento⁴⁷.

27. Así, si el demandante no es parte en el concreto contrato, no puede alegar el foro del lugar del domicilio del consumidor⁴⁸. Al respecto, el propio art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 (equivalente al art. 16.1 del Reglamento 44/2001) establece que “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que

⁴¹ Con respecto al caso *Gruber*, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1118; S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 113, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068/387>.

⁴² STJCE de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 54.

⁴³ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 42. Aunque el caso afecta, únicamente, a las acciones de los otros 7 sujetos que fueron presentadas ante los tribunales austriacos, se indica que fueron más de 25.000 las personas que cedieron sus acciones al Sr. *Schrems* (sin contar las que estaban en lista de espera) (vid. CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 16).

⁴⁷ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 44 y 45, remitiéndose a su Sentencia de 28 enero 2015, asunto C-375/13, *Harald Kolassa y Barclays Bank plc*, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 32.

⁴⁸ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 44, remitiéndose a la Sentencia de 19 enero 1993, asunto C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH.*, EU:C:1993:15, apartados 18, 23 y 24.

esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor”⁴⁹.

28. En la medida en que, entonces, en virtud del foro del art. 18.1 Reglamento 1215/2012, el profesional podrá ser demandado ante los tribunales del lugar del domicilio del concreto consumidor con el que ha celebrado el contrato; entiende el TJUE que se garantiza la previsibilidad de las reglas de competencia judicial internacional⁵⁰. En caso contrario, el profesional podría ser demandado ante los tribunales del lugar del domicilio de cualquier cesionario, lo cual, además de ser imprevisible, iría en contra de la necesaria seguridad jurídica⁵¹. Del mismo modo, tampoco las asociaciones de consumidores pueden beneficiarse de la Sección 4 del Reglamento 1215/2012⁵².

29. A lo anterior se añade que el TJUE no considera relevante la condición del cesionario⁵³. Así, aunque el cesionario –en este caso, el Sr. Schrems- tenga, a su vez, la condición de consumidor, entiende el TJUE que una cesión no permite habilitar un foro específico para el cesionario⁵⁴.

30. El pronunciamiento del TJUE impide que el Sr. Schrems litigue ante los tribunales del lugar de su domicilio en su condición de cesionario, en lo que respecta a los siete sujetos que le cedieron sus derechos.

Como hemos expuesto con anterioridad, parte de los cedentes se encontraban domiciliados en los Estados miembros y, en concreto, algunos en Austria. Por ello, cabría plantearse si, en esos concretos casos, podría el Sr. Schrems ejercitar las acciones cedidas ante los tribunales del lugar de su domicilio, al encontrarse en el mismo Estado miembro que el de los cedentes⁵⁵. Esta posibilidad no resulta admitida por el TJUE, que no establece distinciones entre los cedentes, en función de sus domicilios⁵⁶.

31. Así, el TJUE concluye que el foro del lugar del domicilio del consumidor “...no se aplica a la acción de un consumidor con la que pretende ejercer ante el tribunal del lugar en el que está domiciliado no sólo sus propios derechos, sino también derechos cedidos por otros consumidores domiciliados en el mismo Estado miembro, en otros Estados miembros o en terceros Estados”⁵⁷.

⁴⁹ La cursiva es nuestra. En la misma línea, el art. 16.1 del Reglamento 44/2001 determina “1. La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor”. Vid. STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 45.

⁵⁰ *Ibidem*, apartado 46.

⁵¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119-1120.

⁵² *Ibidem*, p. 1119.

⁵³ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 48, que remite a las CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 98.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ Al respecto, vid. la postura de la Comisión (vid. CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 115).

⁵⁶ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 49.

⁵⁷ *Ídem*. Vid. D. CARRIZO AGUADO, “La relación de causalidad como indicio justificativo de la “actividad dirigida” en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 8, núm. 1, 2016, p. 316, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3031/1737>. Plantea la doctrina que “Aunque sea un procedimiento instado antes de la aplicación del RGPD, sorprende que el TJUE no allane el terreno al nuevo texto y encauce una operación realizada entre Schrems y el resto de cesionarios, al supuesto de hecho del art. 80 para cuando sea de aplicación” (J. J. GONZALO DOMENECH, “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9157, 13 marzo 2018, p. 6, disponible en <http://diariolaley.laley.es>). Sobre la aplicación, en este ámbito, del RGPD, vid. también L. MORENO GARCÍA, “Delimitación del «fuero del consumidor» en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, *Diario La Ley*, núm. 9270, 2 octubre 2018, pp. 6-7, disponible en <http://diariolaley.laley.es>).

3. El foro del lugar del domicilio del consumidor, en caso de ejercicio de las propias acciones

32. Una vez determinado por el TJUE que el Sr. Schrems, en el caso de ejercicio de sus propias acciones, tiene la condición de consumidor, procede examinar si puede litigar ante los tribunales austriacos.

33. En su Sentencia, el TJUE aclara que considera que el Sr. Schrems es un consumidor en el sentido de la Sección 4. No obstante, como hemos adelantado, para que resulte aplicable dicha Sección, es preciso que se cumpla que la otra parte contratante (Facebook Ireland) ejerza o dirija sus actividades al Estado miembro del domicilio del Sr. Schrems (Austria) o varios Estados miembros, incluyendo el del domicilio del consumidor (vid. art. 17.1.c) Reglamento 1215/2012). Ha de tratarse, por lo tanto, de un “consumidor pasivo”, es decir, tiene que haber sido incitado a contratar por el profesional⁵⁸.

34. A la hora de valorar si Facebook Ireland dirige sus actividades a los Estados miembros (tesis de la *focalización* o *Stream-of-Commerce*), cabe tener presente, entre otros aspectos, que la empresa indica en las “Condiciones del servicio”, apartado 4. “Disposiciones adicionales”, punto 4. “Conflictos”: “... Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos (“reclamación”). Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción...”⁵⁹. Como esta cláusula se refiere, tanto en lo que respecta al Derecho aplicable al fondo del asunto como a la competencia judicial internacional, a los consumidores con residencia habitual en la Unión Europea, resulta evidente que Facebook Ireland dirige sus actividades a los Estados miembros. En caso contrario, no tendría sentido que incluyeran en sus “Condiciones del servicio” una cláusula dedicada a los conflictos que puedan surgir con tales consumidores.

35. El Reglamento contempla, en la Sección 4, entre los foros que el consumidor puede emplear contra el otro contratante, el foro del lugar (entendiendo que dicho lugar se encuentra localizado en un Estado miembro) del domicilio del consumidor (art. 18.1)⁶⁰. La determinación del domicilio de las

⁵⁸ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1123; S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 113, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068/387>.

⁵⁹ Disponible en <https://es-es.facebook.com/legal/terms/update> (la empresa indica que la fecha de la última revisión de estas Condiciones del servicio es 19 abril 2018) (fecha de consulta: 9 enero 2019). Sobre la tesis de la *focalización* o *Stream-of-Commerce* en el ámbito de los contratos de consumo celebrados a través de internet, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1123-1126. Vid. también E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: *stream-of-commerce*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 70-92, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1612/687>; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “El foro de consumidores: comentarios a la Sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros, C-297/14*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 646-648, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3893/2449>; M. J. MATIAS FERNANDES, “O conceito de «atividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «Bruxelas I» e a internet: subsídios do Tribunal de Justiça por ocasião do acórdão Pammer /Alpenhof”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 308-309, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1475/615>. Sobre los requisitos que tendría que cumplir una página web, vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del *International Stream-of-Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 194-197, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1617/692>.

⁶⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1126-1127; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 1025-1033.

personas físicas ha de realizarse conforme al art. 62 del Reglamento 1215/2012⁶¹. Así, en el caso, el Sr. Schrems planteó su demanda ante los tribunales de Viena.

36. Cabe apuntar, aunque no resulta necesario en el caso objeto de análisis, que en el ámbito de las Secciones 4 y 5 del Capítulo Segundo del Reglamento 1215/2012, el foro del lugar del domicilio de la parte débil (consumidor/trabajador), operaría aunque el profesional demandado no estuviera domiciliado en un Estado miembro. Así, el art. 18.1, cuando se refiere al foro del lugar del domicilio del consumidor, indica que dicho foro opera “con independencia del domicilio de la otra parte”. En este aspecto, el Reglamento 1215/2012 introdujo una novedad con respecto al art. 16.1 del Reglamento 44/2001, en el que el foro del lugar del domicilio del consumidor únicamente podía operar en caso de que el profesional estuviese domiciliado en un Estado miembro⁶².

Así, el foro del art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 constituye una excepción a su ámbito de aplicación personal, ámbito que, con carácter general, se cumple cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro (art. 6.1 Reglamento 1215/2012)⁶³. Por lo tanto, tal como indica la doctrina, en lo que respecta al art. 18.1 del Reglamento 1215/2012, los consumidores son “demandantes privilegiados”⁶⁴.

IV. Conclusiones

37. A la vista del pronunciamiento del TJUE en el caso Schrems, queda claro que, si bien ya era compleja la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional de los Reglamentos de la Unión Europea a los contratos de consumo celebrados a través de internet, dicha complejidad se incrementa en el caso de consumidores que son usuarios de redes sociales.

38. La utilización de diversos servicios ofrecidos por los profesionales por parte de tales consumidores plantea dificultades relativas a la determinación de la existencia de uno o varios contratos. Como se ha expuesto, nos inclinamos por considerar que cada servicio ha de ser tratado como un contrato independiente. Así, se evitaría que, quienes merecen protección como *consumidores*, por utilizar un determinado servicio con la finalidad privada para la que la empresa lo concibió, se vieran “arrastrados” (y, por lo tanto, excluidos de la protección) por el uso profesional que hacen de otros servicios.

39. Es cierto que, aunque los tribunales nacionales consideren que el usuario de redes sociales ha celebrado un único contrato que incluye varios servicios, con la regla que establece el caso Schrems, se amplían los usuarios que gozarán de protección con respecto a la anterior regla del caso Gruber. Así, el usuario de redes sociales será protegido como consumidor salvo que se aprecie que hace un “uso esencialmente profesional”.

40. Al gozar de protección como consumidor, el usuario de redes sociales puede demandar ante los tribunales del lugar de su propio domicilio al profesional. Así, si se nos permite el empleo de una expresión habitual en el ámbito del deporte, podemos concluir que tales consumidores-usuarios de redes sociales que, residiendo en un Estado miembro de la Unión Europea, deciden demandar a las empresas, “juegan en casa”.

⁶¹ “Art. 62 Reglamento 1215/2012: 1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará su ley interna. 2. Cuando una parte no esté domiciliada en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro”.

⁶² Art. 16.1 Reglamento 44/2001: “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor”.

⁶³ Art. 6.1 Reglamento 1215/2012: “Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25”. Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 febrero 2018, p. 2, disponible en <http://diariolaley.laley.es>.

⁶⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 729.

CONTRATO DEL AGENCIA Y ARBITRAJE: AUTO DE LA AP DE BARCELONA (SECCIÓN 17) NÚM. 116/2018 DE 17 DE MAYO

AGENCY CONTRACT AND ARBITRATION: ORDER OF THE COURT OF APPEAL OF BARCELONA NUMBER 116/2018 OF 17TH MAY

LUIS F. CARRILLO POZO
Profesor de Derecho Internacional privado
Universidad de Almería

Recibido: 10.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4643>

Resumen: Frente a la idea de construir en base a las normas de la Ley sobre el contrato de agencia un foro de competencia de carácter exclusivo, la Audiencia Provincial de Barcelona insiste en su alcance meramente interno, limitado a la disciplina de la competencia territorial, así como el carácter disponible de la materia, excluyendo por lo tanto cualquier pretensión de restringir la libertad de las partes.

Palabras clave: contrato de agencia, competencia judicial internacional, convenio arbitral.

Abstract: Opposing the idea of building an exclusive jurisdiction forum based on the rules of the Law on agency contract, the Court of Appeal of Barcelona insists on their purely internal scope, limited to the discipline of venue, as well as as the ability of the parties to dispose of the matter, thus excluding any intent to restrict their freedom.

Keywords: agency, international jurisdiction, arbitration agreement.

Sumario: I.El auto. II. Las posiciones consolidadas. III. El problema de la tutela del agente. 1. Inviabilidad del control preventivo. 2. Las normas imperativas, elemento integrante del orden público del foro. IV. A modo de recapitulación.

1. Es sorprendente que después de tantos años de vigencia de la Ley sobre el contrato de agencia se siga alegando, en base al juego combinado del art. 3 y la DA 2^ª, que la competencia judicial internacional está imperativamente asignada a los tribunales del lugar donde el agente tenga su domicilio. La construcción es muy sencilla: Si el alcance de la norma procesal es el que se deduce de su somera lectura, y estando claro que no caben pactos que la contradigan, no son admisibles ni cláusulas de prorrogación de la competencia ni compromisos arbitrales. La alegación al uso en la práctica española llega hasta aquí, pero a esa dimensión procesal se podría anudar la conflictual merced a la delimitación operada por el TJUE de la esfera territorial de aplicación de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales

¹ Recuérdese su tenor respectivo: «En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa» y «La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario».

independientes, en relación con el art. 23 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 (en lo sucesivo, RRI), que cerraría el círculo, alcanzándose así la plena vigencia del objetivo de tutela del agente que desarrolle su actividad en el territorio de un Estado miembro.

2. La jurisprudencia española no muestra –en general– signos de incertidumbres en la interpretación de aquellas normas, y en esta vigorosa línea se enmarca la resolución que pasamos a comentar; tampoco se plantea demasiados interrogantes, es cierto. Partiendo de ella, podemos evidenciar los déficits tuitivos que se pueden plantear en este tipo de negocios, para pasar después a chequear los mecanismos de control –siempre *a posteriori*– que ofrece el ordenamiento. El legislador europeo ha consentido que se genere una línea de interpretación de los materiales normativos disponibles que coloca en el frontispicio del sistema la idea de protección, pero el sistema dista de ser hermético, porque se ha preferido que no existan instrumentos procesales adaptados, y se ha dejado abiertas generosas vías que permiten hurtar el enjuiciamiento de los asuntos a los foros vinculados al logro de esos objetivos tuitivos.

I. El auto

3. Con las limitaciones inherentes a la parquedad de la decisión comentada, podemos reconstruir los acontecimientos como sigue: Los litigantes, una sociedad española y otra italiana, estaban vinculados desde 1990 por un contrato exclusivo de agencia, que en fecha indeterminada había quedado extinguido, por lo que la agente formula demanda en reclamación de cantidad en concepto de indemnización por clientela. Se desconoce el motivo por el que lo hace ante los juzgados de Barcelona; el caso es que éstos declaran su falta de competencia territorial y remiten las actuaciones a los de Rubí, que la admiten a trámite². Emplazada la demandada, comparece e interpone declinatoria por falta de jurisdicción, al estar sometida la controversia a arbitraje (art. 39 LEC), excepción estimada por el juzgado. Es frente a ésta que se alza el demandante, alegando la batería usual en este tipo de litigios: La imperatividad del foro de competencia y la consideración de que se trata de un contrato de adhesión y consiguiente necesidad de realizar una interpretación *contra proferentem* (se presume que para decretar la nulidad del convenio arbitral, y forzar al principal a litigar en España).

4. El escueto auto recoge la argumentación igualmente usual en estos casos: La materia es dispositiva y por lo tanto susceptible de arbitraje; las normas citadas de la LA se refieren a la competencia territorial, de modo que la sociedad agente puede litigar en un lugar distinto de los tribunales de su domicilio sin que ello suponga –como se pretende– vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva³; este no es un contrato de adhesión o redactado unilateralmente por una de las partes (nada hace presumirlo; más bien la apariencia acredita otra cosa)⁴. En consecuencia, se desestima el recurso. La Audiencia no entra ni siquiera tangencialmente a valorar la validez o nulidad del convenio arbitral, con implícita adhesión a la interpretación más estricta del alcance de la competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia⁵. Y como colofón, y a modo de regla general, se evidencia que, siendo la

² El carácter férreamente indisponible de los foros de competencia territorial comporta que la apreciación de la existencia y validez del compromiso arbitral y la consiguiente falta de jurisdicción no pueda ser realizada por cualquier tribunal, ni siquiera por razones de economía procesal. No existe ninguna razón sustantiva para ello, más que el derecho al juez natural predeterminado por la ley.

³ Hay un dato muy importante que abona este extremo y que no ha sido expresamente evidenciado por el ponente (tampoco era necesario), y es que la cláusula arbitral preveía la posibilidad de amplia impugnación del laudo (sin restricción de causas) ante los tribunales ordinarios italianos. Piénsese que no es esencial ni habitual la posibilidad de revisión de extremos como la corrección de la solución material. Esta doble instancia comporta un indudable reforzamiento de la tutela judicial. Un riguroso tratamiento del tema en G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Madrid, 2017, *passim*.

⁴ Como señala la SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2001 ante una alegación similar, no deja de ser elocuente que hayan pasado más de diez años sin que el agente (empresario, no se olvide) se haya percatado del carácter abusivo de la cláusula. Hay un brillante comentario de esta sentencia a cargo de P. JIMÉNEZ BANCO en *REDI*, 2002, pp. 381 ss.

⁵ Una breve y actualizada exposición de las tesis fuerte (estimación de la declinatoria en base a la mera existencia de un convenio) y débil (posibilidad de analizar validez, eficacia y aplicabilidad por parte del tribunal ordinario) y de la posición de

jurisprudencia en esta materia prácticamente unánime, no puede afirmarse que existan dudas de derecho, y cuadra la imposición de las costas al apelante.

II. Las posiciones consolidadas

5. Aunque sea muy brevemente –el tema no es controvertido– permítaseme recoger en un par de líneas las conclusiones consolidadas a nivel jurisprudencial sobre la competencia judicial en materia de agencia. Se resumen en las siguientes proposiciones:

- a. El legislador español no podía introducir una norma de competencia judicial internacional en la Ley 12/1992, que en consecuencia tiene que funcionar dentro de los límites marcados actualmente por el reglamento Bruselas I bis y demás textos sobre esta materia (LOPJ, Convenio de Lugano)⁶.
- b. Por ello, se rechaza la invocación del art. 67 del Reglamento 1215/2012 (RBI bis) como legitimadora de una norma especial presuntamente anclada en las disposiciones de la directiva de 1986⁷.
- c. La DA 2ª de la LA es un foro de competencia territorial, que funciona sólo si los tribunales españoles tienen jurisdicción⁸ y si son competentes⁹.
- d. La materia contrato de agencia es libremente disponible por las partes¹⁰. Se distingue entre la imperatividad de las normas reguladoras de una determinada materia y la arbitrabilidad de la misma; los acuerdos entre las partes sólo sirven para indicar el cauce procesal elegido por los contratantes mediante el cual se tiene que dar aplicación a las normas imperativas. Nada impide, en definitiva, que lleguen a acuerdos de prorrogación de la competencia en favor de tribunales europeos o de terceros Estados o a acuerdos de arbitraje¹¹.
- e. Existe una opción general favorable al arbitraje como forma de arreglo de las controversias. No hay nada en este tipo de contratos que haga pensar que se trata de un contrato de adhesión y que el agente no haya estado en condiciones de negociar cada uno de sus pactos (si bien se admite la prueba en contra, sólo faltaría)¹².
- f. No consta –hasta donde alcanza mi conocimiento– ningún pronunciamiento de los órganos judiciales españoles en el que se rechace la ejecución de una resolución extranjera o el

nuestro TS en A. I. BLANCO GARCÍA/P. QUINZA REDONDO, “Control judicial de la validez del convenio arbitral en un contrato de adhesión: Sentencia núm. 409/2017 de 27 de junio del Tribunal Supremo”, en *CDT*, 2018, p. 547.

⁶ De nuevo, SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2001.

⁷ Que, como se recordará, establece que «[E]l presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos». No obstante, parece que el AAP Barcelona de 19 de diciembre de 2007 incardina la mentada DA en el entonces vigente art. 59 RBI. Lo que pasa es que gracias a su argumentación aluvional la resolución se convierte en un ajiaco realmente incomprensible.

⁸ Por ejemplo, AAAP Lérida de 28 de enero de 2009, AP Sevilla de 29 de julio de 2009, AP Madrid de 24 de marzo de 2010, AP Madrid de 3 de diciembre de 2012, AP Valencia de 17 de septiembre de 2018. Con alcance general sobre este tema, STSJ Madrid de 19 de julio de 2017.

⁹ Por ejemplo, SAP Valencia de 4 de mayo de 1999, SAP Castellón de 10 de febrero de 2003, SAP Madrid de 22 de febrero de 2006, SAP Alicante de 8 de junio de 2001, AAP Barcelona de 19 de diciembre de 2007, STS de 15 de noviembre de 2010, STSJ Murcia de 16 de abril de 2014. La consolidación de la doctrina y la disipación de las dudas comporta, como apuntamos, una amenaza cierta de imposición de costas en caso de apelación, lo que ha hecho disminuir el número de impugnaciones. La sorprendente SAP Toledo de 6 de octubre de 2017 vendría a ser la nota discordante al afirmar que, como la DA 2ª LA contradice los criterios de competencia de los arts. 51 ss. de la LEC, ha quedado tácitamente derogada.

¹⁰ STS de 18 de abril de 1998. Como asevera la SAP Barcelona de 6 de noviembre de 2000, «la imperatividad de ciertas normas no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquéllas».

¹¹ La exposición de la STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2016 es sumamente esclarecedora al encuadrar el tema en el marco constitucional. La sanción de nulidad contenida en los autos de la AP Alicante de 19 de diciembre de 2002 y de 28 de mayo de 2008 es, en este sentido, una patología.

¹² Aunque hay que reconocer que todas las resoluciones que se plantean la cuestión de la paridad negocial se refieren a agencias organizadas en forma societaria. Es como mínimo dudoso que esas conclusiones se puedan trasladar sin más al caso del agente individual.

exequatur de un laudo en base a la desprotección sufrida por el agente (en términos de no aplicación de las normas imperativas de la LA) como consecuencia de la sumisión a otros tribunales o a arbitraje, y tampoco ninguna decisión en donde se haya tenido que considerar una pretensión o alegación en tal sentido¹³. Es un misterio aún saber si nuestros jueces están dispuestos a controlar los motivos y efectos de ese tipo de pactos.

6. Los principios sentados de esta manera responden a casos que sin grandes esfuerzos pueden ser calificados como fáciles. En ninguno de ellos existe la más mínima sospecha de imposición poco razonable o abusiva al elegir un foro extranjero (no lo será la elección del propio del domicilio del principal), y en ninguno de ellos se ha suscitado la cuestión de qué hacer con un laudo o una sentencia extranjera que han dejado de aplicar normativa ajustada a las reglas de la Directiva de 1986. A diferencia de la experiencia detectada en otras jurisdicciones, falta, pues, una respuesta desde la perspectiva judicial española a la cuestión de cómo articular mecanismos de protección del agente contratante débil en aquellos casos en los que se detectan riesgos de frustración de los objetivos del legislador. A eso me referiré de inmediato.

III. El problema de la tutela del agente

7. De entrada, por mucho que insista el TJ, es más que cuestionable que la tan citada Directiva persiga como objetivo primero la protección del agente que opera dentro de la UE, visto el tenor de sus considerandos¹⁴. Admitamos que se trata más bien de un derivado necesario, producto de la homogeneización a nivel europeo de los términos contractuales. Fuere como fuere, el caso es que por vía jurisprudencial se ha consolidado esa referencia marco, ya desde la sentencia del TJ de 30 de abril de 1998¹⁵, con consecuencias en el plano sustantivo (interpretación “*pro agenti*”)¹⁶ y dos conclusiones explícitas en lo iusinternacionalprivatístico, una positiva según la cual «la función que desempeñan las disposiciones de que se trata [se refiere a tal directiva] exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, *en particular*, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato»¹⁷; y otra negativa, a saber, que cuando se trate de agentes establecidos y que operan en un Estado tercero no es exigible alcanzar tal nivel de protección¹⁸. Aquel “*en particular*” se traduce en la práctica del TJ y en la consiguiente actividad legislativa en el diseño de una solución –más que una norma de conflicto- unilateral¹⁹, que garantiza, cuando de una controversia conozca un tribunal estatal europeo, un *standard* de protección idóneo para cubrir dos tipos de situaciones, esto es, las sometidas a

¹³ Ni, por supuesto, existen pronunciamientos a propósito de una acción de nulidad amparada en el art. 41.1.e LArb (pretendida inarbitrabilidad del contrato de agencia). Conviene en este punto recordar con J. MONTERO AROCA que la única materia no arbitrable (indisponible, en suma) es aquella en la que los particulares no pueden conseguir el efecto deseado sino acudiendo a las autoridades públicas: “Comentario al art. 2”, en S. BARONA VILLAR (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, p.122.

¹⁴ R GOODE, H. KRONKE, E. MCKENDRICK/J. WOOL, *Transnational Commercial Law, International Instruments and Commentary*, Oxford, 2012, p. 350.

¹⁵ Asunto C-215/97, *Barbara Bellone c. Yokohama SpA*.

¹⁶ Así, esa finalidad se proyecta, por ejemplo, en la interpretación del alcance de la indemnización por fin de la relación comercial (sentencia de 23 de marzo de 2006, C-465/04, 2004, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl c Mariella De Zotti*), en la del concepto de clientes (sentencia de 7 de abril de 2016, asunto C-315/14, *Marchon Germany GmbH c Yvonne Karaszkiwicz*), al decidir sobre la ejecución parcial del contrato (sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-48/16, *ERGO Poist'ovňa a.s. c Alžbeta Barliková*) o al admitir el establecimiento de un periodo de prueba (sentencia de 19 de abril de 2018, asunto C-645/16, *Conseils et mise en relations (CMR) SARL c Demeures terre et tradition SARL*). O sea, con alcance general, lo que se hace es colmar en el sentido más protector del agente radicado en la UE las materias que han quedado huérfanas de disciplina.

¹⁷ Sentencia de 9 de noviembre de 2000 asunto C-381/98, *Ingmar c. Eaton*. El subrayado es mío, claro. Va de suyo que ejercer la actividad en un determinado territorio no implica estar físicamente presente en él, bastando cualquier forma de penetración en ese mercado: C. G. J. MORSE/D. MCCLEAN (eds.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Londres, 2012, p. 2117.

¹⁸ Sentencia de 16 de febrero de 2017, asunto C-507/15, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd c. Petersime NV*.

¹⁹ *Cfr.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, volumen II, Granada, 2017, p. 921. *Vid.* igualmente, L. M. VAN BOCHOVE, “Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law”, en *Erasmus Law Review*, 2014., p. 154, y la bibliografía allí citada.

un ordenamiento armonizado, con independencia de cuál sea el lugar de actuación del agente (arts. 3.1 ó 4 RRI)²⁰, y aquellas otras en las que el agente opera en el territorio de un EM, aunque estén sometidas a la ley de un Estado tercero, mediante la delimitación de la esfera territorial de eficacia de las normas de la directiva (ahí despliega su eficacia el art. 3.4 RRI, cuando se haya elegido un ordenamiento de un Estado tercero). A la luz de esas consideraciones es claro que i) no pueden existir restricciones al ejercicio de la libertad de elección de foro en el seno de la UE, visto que todos los tribunales europeos están en condiciones de brindar al agente, de una forma u otra, la tutela exigida por el legislador; la sentencia Ingmar se mueve exclusivamente en el ámbito de la ley aplicable, y no precisamente para excluir el juego de la autonomía sino para marcar un umbral mínimo impenetrable, y en circunstancias de hecho bien delimitadas; ii) *a contrario*, la huida hacia otros foros o hacia instancias no judiciales no podría ser *-prima facie-* igual de ilimitada, siempre que la relación ofrezca un nivel de vinculación suficiente con el espacio integrado y esté naturalmente incluida en el núcleo de lo que se considera una relación estrecha con la UE: Se trata de salvaguardar la autoridad del Derecho de la Unión; iii) por consiguiente, el agente que desarrolla su tarea en un Estado tercero no merece más protección que la que le ofrezca el Derecho rector de su relación, siendo irrelevante cualquier otro elemento de vinculación que pueda tener con la Unión (*v. gr.*, su propio establecimiento); las eventuales restricciones que se delinee en sede procesal no valen para esto casos; iv) no debe bastar para merecer la tutela europea la realización ocasional de actividades en nuestro territorio cuando el mercado mayormente implicado sea el de un Estado tercero (de hecho, la idea de permanencia aparece en el art. 1.2 de la Directiva); v) no existe, en definitiva, una voluntad omnímoda de tutela del contratante débil, y no cabría forzar las normas para conseguir un resultado que en realidad no se ha pretendido, por tanto. La experiencia evidencia que bajo la capa de ese pretendido objetivo del legislador se han cercenado las posibilidades de autocomposición de las partes.

8. Sobre ese entramado de principios se alza la cuestión tradicional: ¿Cómo evitar que la tutela pretendida sea burlada?²¹ El mencionado art. 3.4 RRI ofrece una solución para una hipótesis puntual, casi marginal, válida sólo cuando conozca un tribunal que venga obligado a aplicar el RRI. Pero cuando el agente actúa en territorio europeo y la solución de las eventuales controversias derivadas de su contrato se haya sometido a arbitraje o a un tribunal de un Estado tercero, nada garantiza la aplicación de las normas imperativas a las que se confía su protección²². Es lo que ha ocurrido en el asunto resuelto con el auto comentado, en el que la AP no muestra la más mínima objeción a la sumisión a un arbitraje en Italia²³. Otros tribunales, sin embargo, sí que han visto un germen de desprotección y un compromiso para la vigencia de las ideas inspiradoras de la tan citada directiva en la inclusión de un pacto de sumisión o de un compromiso arbitral de tal tenor. ¿Qué puede/debe hacer el tribunal estatal europeo si uno de los contratantes no hace honor al pacto y formula demanda ante él? ¿Puede anularlo? ¿Y qué hacer cuando se le pida el *exequatur* de la sentencia o del laudo extranjeros? ¿Aprovechar esta especie de segunda oportunidad para

²⁰ Más aún: Nada obsta para que se imponga el nivel de protección previsto en el foro en detrimento de un ordenamiento nacional adaptado a la Directiva: *Vid.* la STJ de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, *Unamar c NMB*, que da lugar a la del TS belga de 12 de septiembre de 2014, sancionando el carácter imperativo, *ex art. 7 CR*, de las normas de trasposición de la directiva, y prescindiendo, como consecuencia, del compromiso arbitral incluido en el contrato en favor de la Cámara de Comercio e Industria de Sofía. La protección del contratante débil es ascendida al papel de norma imperativa de tutela de los intereses públicos.

Ni que decir tiene que esa solución es hoy impensable, con el nuevo art. 9 RRI.

²¹ El tema está muy bien tratado en E. RODRÍGUEZ PINAU, "Contrato de agencia y derecho comunitario: ¿Nuevas perspectivas procesales?", en *REDE*, 2003, pp. 492 ss.; asimismo, en "Agentes 'comunitarios' y autonomía de la voluntad: ¿Es posible derogar la CJI de los tribunales de los Estados Miembros?", en *REEI*, 2008, pp. 1 ss., con referencias a las distintas vías de respuesta dadas por los tribunales alemanes y americanos.

²² En este trabajo hablamos de foros o acuerdos de jurisdicción basados en la autonomía.

Por supuesto que la situación es la misma cuando en ausencia de pactos el principal tiene su domicilio en un Estado tercero y el agente, que ha ejecutado su actividad en territorio de la UE, demanda ante los tribunales de tal Estado. Descartemos desde ya que, cuando ha sido el propio contratante débil el que ha optado por aquellos tribunales, un eventual déficit de protección pueda ser controlado o sancionado con la negativa a la ejecución en Europa de una sentencia de condena.

²³ Adviértase que el compromiso no suscita temor u objeción alguna en sí mismo considerado, no porque se pactara la impugnabilidad del laudo. Dicho de otro modo, la previsión de un pacto de esta naturaleza no puede convertirse en condición de validez del arbitraje.

denegarlo? ¿En todo caso? Como tantas veces se ha explicado, las oportunidades de control de estos pactos se abren en dos momentos diferentes: Directamente, mediante la impugnación del acuerdo en sí, o de forma indirecta, oponiéndose a la eficacia de las decisiones emanadas dándole aplicación.

1. Inviabilidad del control preventivo

9. La plena vigencia de la doctrina sentada en *Ingmar* podría llevar a justificar el cierre de las vías de “huida” de la jurisdicción europea. Es la forma de argumentar de, por ejemplo, la sentencia del *BGH* de 5 de septiembre de 2012 cuando, frente a un contrato entre principal americano y agente alemán que operaba en varios países europeos, rechaza la validez de una cláusula de sumisión a los tribunales de Virginia, aduciendo que había que garantizar que de los litigios conociera un tribunal que aplicara las disposiciones imperativas del Derecho europeo sobre indemnización por terminación de la relación²⁴ (por supuesto que esta construcción es trasladable a cualquier compromiso arbitral). Parece que sólo la meta está clara. Más allá de que a nivel teórico comporte una peligrosa irrupción en el plano procesal de formas de construir propias de la dimensión ley aplicable -al imputar *ad cautelam* a un foro su inhabilidad para resolver adecuadamente un caso-, no existe a día de hoy una base jurídica firme para llegar a esa conclusión. Si los tribunales ordinarios de la UE sí pueden -por definición- garantizar el resultado material pretendido, y tratándose de una cuestión excluida por el art. 25 RBI bis, la validez de la sumisión a un tribunal extracomunitario o de un convenio arbitral se sujetan a la normativa procesal de fuente autónoma (LOPJ) o al Convenio de Nueva York de 1958, el de Ginebra de 1961 y la Ley de Arbitraje respectivamente; pues bien, no hay manera, con fundamento en la necesidad de aplicar normas imperativas del foro, de decretar la nulidad de los mencionados acuerdos (arts. 22 bis y 22 ter apartado 4 LOPJ, art. 9.6 Ley de Arbitraje y disposiciones concordantes; tampoco la había en la sección 40 de la *ZPO*, por cierto). Por supuesto que hay que controlar la concurrencia de los presupuestos de existencia del acuerdo, como de cualquier otro negocio jurídico (lo que vale en el art. 25 RBI bis y explica su considerando 20 no puede no valer en todos los demás entornos procesales), pero sin apriorismos ni dar nada por descontado. Pensar que existe un vicio de consentimiento o un pacto sobre materia indisponible o una violación del orden público o fraude o abuso de derecho sólo porque un agente ha concluido un acuerdo de ese tenor es a todas luces un exceso. Habrá que analizar cada caso, admitiendo como punto de partida que si los contratantes eligen el foro de uno de ellos lo único que cabe presumir es que resulta completamente razonable, y que sólo cabría controlar -si se aportan indicios sólidos- los pactos entre operadores radicados en territorio UE que hurten el conocimiento del litigio a un foro vinculado por la directiva sobre agencia²⁵. Téngase en cuenta no obstante que: a) Articular un control preventivo cuando las dos partes de la relación tienen su domicilio en el espacio integrado y han derogado de competencia a los tribunales europeos desconoce la primacía de la libertad de los particulares para organizar la forma de dirimir sus controversias, y la correlativa exclusión de toda injerencia estatal, expresada de forma especialmente contundente cuando se opta por el arbitraje; b) De hecho, la única reacción a la sentencia *Ingmar* fue la inclusión del apartado 4 del art. 3 RRI: O sea, cuando se pudo intervenir en la dimensión procesal (RBI bis) se optó por no hacer nada. En el plano interno, tampoco el legislador español ha predispuerto norma especial alguna en la LOPJ; c) No basta el mero temor a que un tribunal extranjero o un árbitro no apliquen tales disposiciones imperativas, más que nada porque en el momento en que el órgano judicial tiene que decidir desconoce cómo se va a resolver la controversia, ni si el juez extranjero o el árbitro disponen o no de margen y -sobre todo- voluntad para darles entrada en su razonamiento; d) En un caso del tipo del mencionado más arriba, además, ni siquiera el hecho de litigar en un tribunal

²⁴ En el caso se había elegido el Derecho de aquel Estado. Reclamando expresamente la sentencia *Ingmar*, la misma posición en *OLG Munich* 17 de mayo de 2006, con cláusula de atribución de competencia a los tribunales californianos para un contrato de agencia en donde el agente operaba en territorio europeo. La *Cour de Cassation* belga ha sancionado la inarbitrabilidad de las diferencias surgidas a propósito de un contrato de agencia: Sentencia de 5 de abril de 2012, en *Revue de droit commercial belge*, 2012, p. 937.

²⁵ Recuérdese una vez más que en un caso como el comentado se había pactado una amplia impugnabilidad del laudo ante los tribunales ordinarios. Supuestos como éstos, o aquellos en los que las partes han acordado un trámite de homologación judicial del laudo, entran en el núcleo de las decisiones emanadas por lo que podemos denominar “instancia que aplica la Directiva sobre agencia”.

estatal europeo garantizaría la adecuada protección del agente, ni en cuanto a las soluciones ni en cuanto a la efectividad de lo resuelto si se necesitare la ejecución en el extranjero de la decisión²⁶.

En consecuencia, en este momento previo del procedimiento no se puede censurar acuerdo alguno (repito: En base al eventual peligro de inaplicación de normas imperativas). La respuesta exigible a un tribunal es la que ha ofrecido el auto comentado, estimando automáticamente la declinatoria. Carece de fundamento denunciar la existencia de discontinuidad normativa entre la armonización legislativa (y congruente introducción de normas imperativas) y la ausencia de control en sede procesal, porque *a priori* cualquier intérprete puede alcanzar las soluciones que se exigen a un tribunal ordinario europeo, y en consecuencia no se puede inventar un foro de competencia o eliminar los existentes para conjurar un peligro que no existe.

2. Las normas imperativas, elemento integrante del orden público del foro

10. La alternativa es esperar a un eventual *exequatur* de la decisión extranjera²⁷, algo que cuantitativamente ofrece una eficacia muy limitada. Repárese en que no siempre van a tener los tribunales europeos que enfrentarse a un laudo extranjero o una sentencia procedente de un Estado tercero: En un supuesto standard en el que el agente actúe como demandante, habiendo conocido un foro (exclusivamente competente por acuerdo de las partes) no vinculado por la Directiva, y que ha acogido las pretensiones de la demanda, ante la falta de cumplimiento espontáneo por el demandado, podemos encontrarnos ante cuatro panoramas diferentes, en dos de los cuales²⁸ se impone la indiferencia en este trámite eventual (o sea, la renuncia a implementar controles), atendida la falta de vinculación y que el propio Derecho europeo no pretende ser aplicado. La decisión será reconocida y en su caso ejecutada sin objeciones por el motivo que venimos tratando.

Habrá empero otras dos (cuando el agente opere en el mercado europeo) en las que la entrada en juego de las reglas armonizadas era imperativa, situaciones en las que cabe la posibilidad de que se suscite una pretensión de reconocimiento y ejecución, no irremisiblemente condicionadas a la presencia de patrimonio en territorio europeo, ya que la efectividad es un problema diferente. Pues bien, en esa tesitura el control de las cláusulas de elección de foro o de sumisión a arbitraje encuentra el mecanismo idóneo, *prima facie*, en la excepción de orden público²⁹ (de hecho, es la alegación más frecuente cuando de la paralela acción de nulidad de un laudo se habla³⁰). Quede claro que no se trataría de un cribado estático, sino que mira al resultado alcanzado. El pacto como tal era y sigue siendo válido (ni siquiera de forma indirecta resulta afectado, por tanto), y se trata de verificar si el intérprete ha resuelto con respeto de las exigencias básicas del Derecho del foro.

11. Es pacífico que en el orden público entran los derechos fundamentales en el proceso, y en este sentido es esencial que se resuelva sin arbitrariedad, lo que pasa por hacerlo conforme al sistema de fuentes legalmente previsto. *Per se*, un pacto sumisorio o arbitral no afecta a las posibilidades de defensa de las partes, salvo que sea abusivo (*supra*); donde adquieren relevancia “las normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico”³¹ es al hablar

²⁶ Cfr. E. RODRÍGUEZ PINAU, *op. cit.*, p. 17

²⁷ Abordaré conjuntamente el problema de la eficacia en España de sentencias y laudos extranjeros. Cuando hablo de decisiones me refiero a ambas cosas.

²⁸ Principal establecido en el extranjero, con o sin bienes en territorio UE, con agente que opera fuera del mercado europeo. Téngase presente el art. 22 octies párrafo 3, *in fine*.

²⁹ Aparte los convenios bilaterales en su caso aplicables, art. 46 LCJIMC y art. V.2 del Convenio de Nueva York de 1958. Se podría defender, como en otros ordenamientos se ha hecho, que las controversias sobre contrato de agencia son inarbitrables; pero el hecho de que el legislador haya predispuerto una serie de normas imperativas a lo único que obliga es a que sean aplicadas, por quien tenga competencia para decidir. Dése por reproducido lo apuntado *supra* sobre la presunción de aptitud de tribunales y árbitros para hacerlo.

³⁰ Y con un porcentaje de estimaciones realmente ridículo: Cfr. G. STAMPA, “Seis años de jurisprudencia española de control arbitral”, en www.stampaabogados.com. Última vista, 31 de diciembre de 2018.

³¹ STC de 23 de febrero de 1989: No es de orden público «la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión». La corrección de deficiencias no es tarea del juez español en los casos de arbitraje: STS de 22 de junio de 2009. Una estupenda exposición del tema en ATSJ Madrid de 23 de enero de 2018.

de fuentes. Se debe, pues, comprobar que el órgano o el árbitro, al emanar la decisión, han tomado en consideración –con los matices que veremos *infra*– las normas imperativas que reclaman ser aplicadas³² (que se trata de normas imperativas es evidente en el sector en el que nos estamos moviendo: El TJ no deja dudas³³). Con eso debe bastar, es decir, que se haya sido consciente de que existen y conste una argumentación satisfactoria de las razones por las que han sido aplicadas o descartadas (esto vale también para el arbitraje de equidad). Más de eso está vedado a la instancia de control, pero si falta ese paso en la construcción la respuesta debe ser inmediata, la denegación del *exequatur*.

12. Faltaba algún matiz. Pues bien, recuérdese que:

- a. No es cuestión de censurar el resultado alcanzado (salvo –como es notorio– que sea irracional, ilógico, absurdo), ni es cuestión de valorar el mayor o menor acierto de la decisión, desde el momento en que, no pudiendo los tribunales entrar en el fondo del asunto, muy malamente podrían enjuiciar los errores³⁴.
- b. El examen es eminentemente externo: Verificar que se ha decidido conforme al sistema de fuentes al que está vinculado el juez o el árbitro. El problema surge cuando éstos no disponen de instrumentos jurídicos para tomar en consideración tales normas imperativas. Si el pacto supera el filtro de la validez (no tiene defectos en cuanto al consentimiento, no es abusivo), cabría afirmar que al firmarlo las partes han elegido una forma de resolver las controversias que implica renuncia a los derechos reconocidos por la ley europea (o sea, los directamente entroncados en las reglas imperativas).
- c. Hay no obstante una línea muy fina entre la interdicción del control de la corrección de la decisión y la posibilidad de chequear la aplicación o no de una determinada norma. Si un órgano arbitral o judicial decide no aplicarla, pudiendo hacerlo, cabe que se deba a desconocimiento o porque entiende que no es aplicable en el caso, y para eso hay que estar al contenido de la motivación. Debería bastar la certeza de que el órgano las ha considerado y ha resuelto en un sentido o en otro con algún fundamento racional. Ahora bien: Cuando (en sede arbitral) las partes han renunciado a ella, de forma directa o indirecta (mediante la selección del lugar del arbitraje)³⁵, se ciegan tales posibilidades de control, *impasse* que a mi juicio debe resolverse a la luz del respeto de los principios configuradores del arbitraje, es decir, no injerencia, ausencia de control en definitiva.

³² También los laudos pueden ser objeto de control de respeto de las normas europeas: STJ de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Slowakische Republik c Achmea BV*, trayendo a colación la doctrina sentada en las sentencias de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss c Benetton*, y de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro c Centro Móvil Milenium SL*. En España, la STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2018 asevera que «la mayor o menor corrección jurídica de los argumentos empleados por los árbitros, no tratándose de un patente error *ni infracción de una norma imperativa* y respetando los derechos de defensa, no supone infracción alguna del orden público» (cursiva propia).

³³ En el sector del arbitraje, el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional elaboró en 2002 un informe con recomendaciones sobre el uso de la excepción de orden público. La 3.b ampara explícitamente la idoneidad de las normas imperativas del foro para integrar ese concepto, con expresa referencia a la creciente incidencia de las del Derecho europeo.

Más aún, si el tribunal ordinario tolera de forma indirecta la desatención a tales normas mediante su otorgamiento, se generará responsabilidad del Estado, según la doctrina establecida y en las condiciones elencadas en la STJ de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, *Milena Tomášová c Slovenská republika — Ministerstvo spravodlivosti SR, Pohotovosť s. r. o.*

³⁴ Ponderando el alineamiento del legislador español con el sistema Bruselas, J. L. IGLESIAS BUHIGES, “Comentario al art. 46”, en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ/G. PALAO MORENO (eds.), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 530 ss. A propósito de recientes desarrollos judiciales, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, en *Diario La Ley*, nº 8537, Sección Tribuna, 12 de Mayo de 2015. En el mismo sentido, S. NAVARRO JIMÉNEZ, “Referencias al orden público en derecho comparado”, en *Diario La Ley*, nº 8537, Sección Tribuna, 12 de mayo de 2015; R.C. PELAYO JIMÉNEZ, “El concepto de ‘orden público’ y la anulación de laudos arbitrales”, en *Diario La Ley*, nº 8568, 24 junio 2015, p. 10; S. ZARAGOZA TORIBI, “El orden público económico en el arbitraje desde la perspectiva jurisprudencial”, en *Arbitraje*, 2018, pp. 555 ss.

³⁵ En este tema es referencia obligada S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, en *Arbitraje*, 2018, pp. 659 ss.

IV. A modo de recapitulación

13. El legislador no pudo haber ignorado los problemas derivados de la falta de previsión de un régimen procesal diferenciado para el contrato de agencia cuando modificó el reglamento Bruselas I. Por consiguiente, las normas generales deben suministrar las respuestas, y con los instrumentos normativos actualmente disponibles hay que afrontar la huida hacia foros que no garantizan anticipadamente un determinado nivel de protección al agente, lo que pasa por reconocer que no existe forma alguna de anular de modo preventivo un acuerdo prorrogatorio o un compromiso arbitral, y que en la eventualidad de que haya que dar eficacia en un foro europeo a una resolución extracomunitaria o a un laudo arbitral apoyado en alguno de esos pactos sólo es activable el resorte del orden público como instrumento idóneo para imponer el respeto a las reglas imperativas del foro. Que de este modo habrá casos objetivamente vinculados con a UE en los que no se alcanzan los niveles exigidos por la directiva y las leyes de transposición es evidente, mas no caben creaciones totipotentes envolviéndose en la bandera de la tutela del contratante débil. Sigue siendo preferible dejar el más amplio espacio a la libertad de los operadores, y constreñir las intervenciones limitativas a supuestos verdaderamente patológicos.

LEVANTAMIENTO DEL VELO EN MATERIAL LABORAL: EXEQUATUR Y PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN DE COMPETENCIA OBJETIVA *

PIERCING THE CORPORATE VEIL DOCTRINE IN LABOR MATTERS: EXEQUATUR AND DELIMITATION PROBLEMS OF OBJECTIVE COMPETENCE

MARTA CASADO ABARQUERO

*Profesora contratada doctora
Universidad de Deusto*

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4644>

Resumen: El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2018 aborda en sede de exequatur el intenso debate que existe sobre la delimitación de competencias entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil. Partiendo de una sentencia argentina que en materia de despido extiende la responsabilidad por deudas salariales a los administradores sociales de la matriz española que ostenta una participación del 99% en el capital social de la filial argentina en la que los demandantes trabajaron, la Audiencia Provincial trata de perfilar los límites difusos entre materia mercantil y materia laboral en un asunto en el que la *ratio decidendi* para condenar a los administradores ha sido la aplicación de la multidisciplinar teoría del levantamiento del velo.

Palabras clave: exequatur, competencia objetiva, juzgados de lo mercantil, juzgados de primera instancia, conflicto de competencias, doctrina del levantamiento del velo.

Abstract: The Order of the Provincial Court of Madrid 9 March 2018 faces, in the field of exequatur, the intense debate dealing with the delimitation of jurisdiction between First Instance Courts and Commercial Courts. Based on an Argentine judgement that spreads the liability for wage debts to the social administrators of the Spanish head company of the Argentine subsidiary for which the plaintiffs worked, the Provincial Court outlines the blurred boundaries between commercial and labor matters in a case in which the *ratio decidendi* to condemn the social administrators has been the application of the multidisciplinary corporate veil doctrine.

Keywords: exequatur, objective competence, commercial courts, first instance courts, conflict of jurisdictions, piercing the corporate veil doctrine.

Sumario: I. Antecedentes de hecho. II. Reconocimiento, exequatur y ejecución material: algunas precisiones conceptuales. III. La dispersión competencial en el procedimiento de exequatur. III.1 Marco general. III.2. Competencia de los juzgados de lo mercantil. IV. Reflexiones sobre la delimitación de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil en materia no concursal. V. Valoración.

* 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

I. Antecedentes de hecho

1. Los antecedentes de hecho que motivaron el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala Civil, Sección 14), de 9 de marzo de 2018¹, fueron los siguientes. La empresa argentina RECOL NETWORKS, S.A., participada al 99,98333% por la sociedad anónima española del mismo nombre, despidió a varios de sus trabajadores dejándoles a deber las últimas mensualidades. Los empleados despedidos interpusieron demanda en materia de despido reclamando las cantidades atrasadas, provocando una gran litigiosidad y dando lugar a diferentes resoluciones judiciales argentinas. Concretamente, el auto que es objeto de análisis tiene su origen en la demanda de despido interpuesta por doña Eulalia, don Julio y don Segundo, correspondiendo el conocimiento de la misma al Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n.º 48 de Buenos Aires. El 31 de octubre de 2008 este órgano judicial condenó a la sociedad anónima española RECOL NETWORKS y a varios miembros de sus órganos directivos al pago de las cantidades adeudadas. La resolución fue recurrida en apelación, siendo confirmada mediante sentencia de 31 de marzo de 2009 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

2. La sociedad argentina fue declarada en quiebra y los trabajadores, en búsqueda de la liquidez y solvencia necesarias para hacer efectiva la sentencia, se vieron abocados a instar la correspondiente solicitud de exequatur ante los Tribunales españoles. El exequatur se dirigió exclusivamente contra don Cristóbal y don Angel Daniel, administradores de la sociedad española RECOL NETWORKS, S.A., y su conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid. No obstante, planteada en forma la declinatoria, mediante auto de 31 de mayo de 2017 este órgano jurisdiccional declaró su falta de competencia objetiva para conocer del asunto por entender que el mismo correspondía a los juzgados de lo mercantil.

3. Mediante la resolución objeto de análisis la Audiencia Provincial de Madrid revoca la sentencia de instancia resolviendo este conflicto de competencias en favor de los juzgados de primera instancia y en detrimento de los juzgados de lo mercantil. En este sentido, el auto de 9 de marzo de 2018 considera que “(...) lo esencial es conocer si la acción que se ha ejercitado en Argentina contra don Cristóbal y don Ángel Daniel, en virtud de la legislación española, podría ser conocida por la jurisdicción laboral española o necesariamente se debería haber llevado a los juzgados de lo mercantil”. Y, para ello, la Audiencia Provincial tiene en cuenta que la acción en materia laboral ejercitada contra las personas que gestionaron la administración de la sociedad argentina se fundamentó en la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica y del grupo de sociedades, siendo ésta una materia que puede ser objeto de análisis por los tribunales de cualquier jurisdicción, no siendo competencia exclusiva de los juzgados de lo mercantil.

4. En el auto analizado se alude tangencialmente al hecho de que la filial argentina se encuentra en situación de concurso de acreedores. Sin embargo, dado que la declinatoria planteada por los administradores sociales nada dice al respecto, entendemos que el concurso ha sido posterior a la sentencia en material laboral cuyo exequatur se solicita. Puesto que de lo contrario, esto es, de haberse dictado en el marco de un procedimiento concursal, la competencia objetiva correspondería de forma exclusiva y con carácter excluyente a los juzgados de lo mercantil *ex* artículo 86 ter1 LOPJ².

II. Reconocimiento, exequatur y ejecución material: algunas precisiones conceptuales

5. El auto adolece de cierto rigor a la hora de delimitar nítidamente las fronteras terminológicas entre los diferentes mecanismos técnicos de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras: reconocimiento y exequatur. Ciertamente, de la lectura global de la resolución comentada parece inferirse que

¹ ECLI:ES:APM:2018:1017A.

² L. CARBALLO PIÑEIRO, “Aspectos de Derecho internacional privado del Derecho concursal”, en A. Pérez-Cruz Martín (dir.), *Estudios de Derecho concursal*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 705-770, especialmente, pp. 746-747.

los trabajadores solicitaron el exequatur de la sentencia argentina, no el reconocimiento de la misma. Y decidimos que parece inferirse porque la Audiencia utiliza indistintamente los términos reconocimiento y exequatur. Así, por ejemplo, se alude a que “*Por el procurador don Javier Zabala Falcó se presentó con fecha 3 de febrero de 2017 demanda (...) para obtener el reconocimiento de unas sentencias extranjeras*”. O, por ejemplo, se afirma que “*la primera demanda de reconocimiento de la que tenemos conocimiento (...)*”. En la misma línea apuntada, se dice que “*En primer lugar, debemos indicar que el que las sentencias cuyo reconocimiento se pretende (...)*”. Sin embargo, en el Fundamento de Derecho primero se nos dice que se solicita el reconocimiento de la sentencia dictada el 31 de marzo de 2009 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, así como de la resolución de 12 de diciembre de 2016 en la que se hace la liquidación económica de las condenas impuestas en las anteriores sentencias. Es decir, todo parece apuntar a que lo que en última instancia se pretende con el procedimiento de exequatur iniciado en España es el embargo de bienes de los administradores de la mercantil española RECOL NETWORKS, S.A.

La confusión entre reconocimiento y exequatur o declaración de ejecutividad es evidente³. Reconocimiento es el mecanismo de homologación de una resolución extranjera por el que se dota a ésta de todos los efectos procesales que le son propios, salvo el efecto ejecutivo (efecto de cosa juzgada material, efecto constitutivo y efecto tipicidad⁴). Exequatur es el mecanismo de homologación de una resolución extranjera que la convierte en título ejecutivo y le permite desplegar su eficacia ejecutiva en nuestro país como un título ejecutivo cualquiera. A la vista de esta distinción, y teniendo en cuenta el contenido claramente económico de la resolución argentina en la que se liquidan económicamente las condenas impuestas, parece que el auto recurrido debiera aludir única y exclusivamente a la declaración de ejecutividad de la decisión extranjera.

6. Tampoco debe confundirse la declaración de ejecutividad propiamente dicha con la ejecución material de la resolución extranjera. En principio, una decisión extranjera que no ha superado el trámite del exequatur no podrá ser ejecutada en España⁵. Esta última fase, la consistente en el procedimiento ejecutivo propiamente dicho, se rige por el Derecho procesal español de origen interno⁶.

Nada se dice a lo largo del auto comentado sobre la eventual solicitud de ejecución material de la condena económica impuesta a los administradores sociales, si bien la posibilidad de plantear conjuntamente la solicitud de exequatur con la demanda ejecutiva hubiese parecido aconsejable desde el punto de vista de la economía procesal. Esta acumulación parece posible a la vista del tenor literal del artículo 54.1 LCJIMC (“*La demanda de exequátur y la solicitud de ejecución podrán acumularse*

³ Error habitual en nuestra jurisprudencia y legislación. La LCJIMC parece superar la tradicional confusión e incorpora esta distinción a nuestro régimen de validez extraterritorial de decisiones interno, aunque tratando de extender levemente el alcance de la terminología puesto que el procedimiento de exequatur no sólo sirve para autorizar la ejecución *stricto sensu* de una resolución judicial extranjera, sino también para declarar a título principal que la misma es reconocida (art. 42.1 LCJIMC), o para declarar que no es susceptible de reconocimiento en nuestro país (art.42.2 LCJIMC). En este sentido, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Nº 2, 2015, p. 160.

⁴ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., Granada, 2018, vol. I, pp. 383 y 384.

⁵ Esto no obstante, algunos instrumentos comunitarios prevén la ejecución en nuestro país de una resolución extranjera sin necesidad de superar previamente el exequatur. Al respecto, *Vid.* C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La «supresión» del exequátur en el R 2201/2003”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, Nº. 1, 2011, pp. 63-83; M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, “La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo”, *Diario La Ley*, Nº 7766, 2011; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, Nº. 1, 2014, pp. 330-348.

⁶ La regla 3ª del apartado 2 de la DF 25ª LEC nos recuerda que “*La ejecución de resoluciones con fuerza ejecutiva en un Estado miembro se llevará a cabo en España en todo caso conforme a las disposiciones de esta ley*”. Analizando el problema de la determinación de la competencia objetiva para conocer del procedimiento ejecutivo, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol. 7, Nº 2, 2015, pp. 158 y ss., especialmente. p. 172; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Ejecución de sentencia extranjera. Comentario a la Sent. Aud. Prov. de Cádiz (Sección 7.ª) de 12 de julio de 2007”, *Revista española de derecho internacional (REDI)*, Vol. LX, Nº. 1, 2008, pp. 236 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO Y F. J., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson, 2007, p. 691.

en el mismo escrito. No obstante, no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el exequatur”), y permite no sólo una reducción de los tiempos procesales, sino también una mayor optimización de los recursos judiciales puesto que el mismo órgano jurisdiccional encargado de resolver sobre las causas de denegación del exequatur será el encargado de valorar las eventuales causas de oposición a la ejecución que se pudieran plantear⁷.

III. La dispersión competencial en el procedimiento de exequatur

1. Marco general

7. El origen del problema que se aborda en el auto analizado se gesta en un marco jurídico caracterizado por la dispersión competencial y por ausencia de criterios interpretativos uniformes que permitan delimitar con cierta nitidez los límites, con frecuencia difusos, entre la competencia objetiva de los juzgados de primera instancia y de los juzgados de lo mercantil. Desde que la competencia para conocer de los procedimientos de exequatur, tradicionalmente centralizada en la Sala Primera del Tribunal Supremo, se trasladara a los juzgados de primera instancia⁸ y posteriormente se atribuyera competencia a los juzgados de lo mercantil para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones extranjeras que versen sobre materias de su competencia⁹, el sistema español de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras adolece de un elevado grado de indefinición e incoherencia y, por lo tanto, de una inseguridad jurídica que no favorece la libre circulación de resoluciones judiciales. La entrada en vigor de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil en el año 2015 tampoco ha resuelto el problema.

8. Respecto a la competencia objetiva, en el sistema español de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras se contemplan soluciones diversas en función de si resulta de aplicación el régimen de producción interna o el régimen de producción comunitario¹⁰.

El artículo 52 LCJMI distribuye la competencia para conocer de las solicitudes de exequatur de resoluciones judiciales extranjeras entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil cuando se trate de asuntos que versen sobre materias de su competencia. Por el contrario, cuando se trata de resoluciones judiciales europeas y son aplicables los reglamentos comunitarios la solución elegida puede variar considerablemente¹¹. Así, en relación con la aplicación del Reglamento Bruselas I (Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento 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),

⁷ Al respecto, J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad: alegación y procedimiento de exequatur”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, N.º Extra 1, 2013, pp. 265-300.

⁸ Artículo 136 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).

⁹ Artículo 1 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE, núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

¹⁰ Respecto al régimen de producción convencional, los convenios internacionales en vigor para España también acogen soluciones distintas. Véase el amplio elenco de convenios internacionales del sistema español de validez extraterritorial de decisiones y la competencia objetiva para conocer del procedimiento de exequatur establecida para cada uno de ellos en A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., Granada, 2018, vol. I, pp. 402-413.

¹¹ Como norma general, los reglamentos europeos no establecen reglas de competencia interna sobre el procedimiento de exequatur. Así, por ejemplo, el artículo 41 del Reglamento Bruselas I dispone que “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente sección, el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se regirá por el Derecho del Estado miembro requerido”. Vid. L. BACHMAIER WINTER y A. MARTÍNEZ SANTOS, “Comentario al artículo 41”, en P. Blanco-Morales Limones (coord.), *Comentario al reglamento (UE) N. 1215-2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Reglamento Bruselas I refundido*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 796-813. Ni siquiera disponen que dicha competencia tenga que estar atribuida a un órgano jurisdiccional.

Sobre las diferentes soluciones adoptadas por los distintos Estados Miembros en los procedimientos de exequatur, véase el estudio comparado de B. HESS, “Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures” (http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf), pp. 14-18.

la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye competencia objetiva a los juzgados de primera instancia que conozcan de la ejecución¹². En relación con la aplicación del Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, la competencia territorial para la ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos certificados como título ejecutivo europeo corresponde al juzgado de primera instancia del domicilio del demandado o del lugar de ejecución¹³. En relación con la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, la competencia para la ejecución en España de un requerimiento europeo de pago que haya adquirido fuerza ejecutiva corresponde al juzgado de primera instancia del domicilio del demandado¹⁴. No obstante, la competencia para conocer de la fase declarativa del procedimiento se atribuye de forma “*exclusiva y excluyente*” a los juzgados de primera instancia (con independencia de que el objeto del procedimiento verse sobre una materia atribuida a los juzgados de lo mercantil por el artículo 86 ter2 LOPJ)¹⁵. Paradójicamente, en relación con la aplicación del Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, en fase de ejecución se mantiene la competencia de los juzgados de primera instancia¹⁶, pero el conocimiento de la fase declarativa se reparte entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil en función del objeto de la reclamación¹⁷.

9. En definitiva, un sistema confuso e ilógico incompatible con la coherencia interna de un sistema de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras que nos debería obligar a extender los mismos criterios de competencia objetiva a la fase declarativa y a la fase ejecutiva de los procedimientos, sin discriminación entre títulos nacionales, europeos o extranjeros¹⁸.

2. Competencia de los Juzgados de lo Mercantil

10. La declinatoria planteada por los administradores sociales de la sociedad anónima española RECOL NETWORKS estaba fundada en el artículo 52.2 LCJIMC, que atribuye competencia a los juzgados de lo mercantil para conocer de las solicitudes de exequatur de resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia. De esta forma, la LCJIMC regula la competencia judicial internacional para conocer de las solicitudes de exequatur de forma coordinada con lo que dispone la LOPJ. Ésta en su artículo 86 ter2.a) establece que los juzgados de lo mercantil conocerán, entre otras, de todas aquellas cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa de las sociedades mercantiles y cooperativas¹⁹. En definitiva, la competencia de los juzgados de primera instancia es la regla general; y la de los juzgados de lo mercantil, la especial. Especialidad que paradójicamente no está en consonancia

¹² Cfr. Disposición Final 25, apartado 4 LEC.

¹³ Cfr. Disposición Final 21, apartado 5 LEC.

¹⁴ Cfr. Disposición Final 23, apartado 13 LEC.

¹⁵ Cfr. Disposición Final 23, apartado 1 LEC.

¹⁶ Cfr. Disposición Final 24, apartado 7 LEC.

¹⁷ Cfr. Disposición Final 24, apartado 1 LEC.

¹⁸ En este sentido, P. JIMÉNEZ BLANCO, “La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los reglamentos europeos”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. 70, Nº 1, 2018, p. 105.

¹⁹ Junto a la materia netamente concursal, y con el propósito fomentar la especialización de estos órganos jurisdiccionales, el legislador estimó oportuno atribuir también a los juzgados de lo mercantil un conjunto heterogéneo de materias adicionales. Así, el artículo 86 ter 2 atribuye competencia a los juzgados de lo mercantil en: a) Materias relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas; b) Materia de transportes, nacional o internacional; c) Materia relativa a la aplicación del Derecho marítimo; d) Materia de acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios; e) Respecto de los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento; f) Materia de defensa de la competencia, concretamente, respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia. Es precisamente en relación con este conjunto de materias donde se suscitan los principales conflictos relativos a la competencia objetiva de los Juzgados de lo mercantil.

con la amplitud y generalidad con la que se definen o perfilan las materias cuyo conocimiento se les atribuye²⁰.

IV. Reflexiones sobre la delimitación de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil en materia no concursal.

11. El auto que es objeto de análisis en este comentario aborda una de las cuestiones más controvertidas entorno a los juzgados de lo mercantil. Esto es, se enfrenta al problema de la relatividad en la delimitación de su competencia objetiva en materia no concursal, ámbito en el que se concentran gran parte de los conflictos de competencias con los juzgados de primera instancia o con los órganos de otros órdenes jurisdiccionales.

12. La resolución argentina fue dictada por los juzgados del orden social, lo cual podría prejuzgar la atribución de competencia objetiva en favor de los juzgados de primera instancia. No obstante, como acertadamente resuelve la Audiencia Provincial de Madrid “(...) *el que las sentencias cuyo reconocimiento se pretende se hayan dictado por órganos de la jurisdicción social de Argentina, no creemos que sea determinante para la decisión del problema pues lo esencial es conocer si la acción que se ha ejercitado en Argentina contra don Cristóbal y don Ángel Daniel, en virtud de la legislación española, podría ser conocida por la jurisdicción laboral española o necesariamente se debería haber llevado a los juzgados de lo mercantil*”. De hecho, el propio artículo 1.2 LCJIMC afirma que esta ley se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca.

13. Por otro lado, la fundamentación jurídica que emplea la Audiencia Provincial de Madrid es solvente y está en consonancia con la doctrina jurisprudencial mantenida por los órganos jurisdiccionales españoles al respecto. Defiende, en el Fundamento de Derecho Cuarto, que la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica y del grupo de sociedades es una materia que “*en España puede ser objeto de análisis por los tribunales de cualquier orden jurisdiccional en los asuntos de los que deban conocer en función de la materia, sin que sea objeto de regulación específica por la legislación societaria mercantil ni, por ello, materia que sea exclusiva de los juzgados de lo mercantil*”. Esta afirmación enlaza con la solución tácitamente defendida por el legislador español en la formulación literal que el artículo 86 ter LOPJ hace de las competencias objetivas de los juzgados de lo mercantil. Así, cuando en el apartado primero alude a la competencia en materia concursal, enfatiza que “*En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente (...)*”. Sin embargo, cuando en el apartado segundo atribuye competencia a los juzgados de lo mercantil en otros asuntos diferentes de los estrictamente concursales nada dice sobre la exclusividad de los juzgados de lo mercantil sobre los mismos. Ello encuentra su justificación en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²¹. Una lectura detallada de la misma evidencia que la atribución de competencia en materias no concursales a estos juzgados “*no responde a directrices dogmáticas preestablecidas*” y que el mismo legislador prevé la posibilidad de concreciones y desarrollos futuros²².

²⁰ L. CARBALLO PIÑEIRO, “La ¿necesaria? atribución de competencia para el reconocimiento de decisiones extranjeras a los Juzgados de lo Mercantil”, *Revista española de derecho internacional (REDI)*, Vol. 59, Nº 2, 2007, pp. 864-869.

²¹ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

²² La Exposición de Motivos sostiene que “*La denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles. De hecho, el criterio seguido para esta atribución, dentro del orden jurisdiccional civil, no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un contraste pragmático de las experiencias que han adelantado en nuestra práctica judicial este proceso de especialización que ahora se generaliza. Se parte así de unas bases iniciales prudentes que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando. Exposición de Motivos de la LO 8/2004, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”.

14. Ciertamente, cuando el artículo 86 ter2.a) LOPJ indica, con manifiesta amplitud e imprecisión, que los juzgados de lo mercantil conocerán de todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa de las sociedades mercantiles y cooperativas, no puede colegirse que todos los asuntos en que esté involucrada una sociedad mercantil o cooperativa serán conocidos por los juzgados de lo mercantil, sino que habrá de atenderse a la concreta pretensión ejercitada para analizar si su fundamento es el derecho de sociedades o no²³. En cualquier caso, la delimitación competencial entre los juzgados de lo social y los juzgados de lo mercantil viene presentando dificultades considerables y ha dado lugar a una amplia jurisprudencia de la Sala Cuarta, o de las salas especiales del Tribunal Supremo²⁴.

15. Distinto habría sido el sentido del fallo si en el procedimiento de origen argentino se hubieran ejercitado dos acciones o demandas conexas: La acción de reclamación de salarios atrasados, por un lado; y la acción de responsabilidad contra los administradores sociales por las deudas contraídas por la sociedad, por otro. En principio, el régimen de atribución de competencias es exclusivo y excluyente. Esto es, los juzgados de lo mercantil son los únicos que pueden conocer del exequatur sobre las materias que les han resultado atribuidas pero, como contrapartida, únicamente podrán conocer de estas materias (no de aquéllas residenciadas en los juzgados y tribunales de otro orden jurisdiccional). La solución en el plano teórico es clara. Pero ¿qué sucedería en la práctica si la sentencia argentina hubiera sido el fruto de una acumulación de acciones estrechamente relacionadas entre sí cuyo conocimiento en España viene atribuido a órdenes jurisdiccionales diferentes? En el caso expuesto, la reclamación de deudas salariales corresponde a los juzgados de lo social; la acción de responsabilidad contra los administradores sociales, a los juzgados de lo mercantil. En este supuesto se trataría de determinar si cabe o no la acumulación; en caso afirmativo, ante qué tribunal; y en caso negativo, si cabe la fragmentación del exequatur y qué consecuencias puede conllevar²⁵.

V. Valoración

16. La amplitud y generalidad con que el artículo 86 ter2.a) LOPJ delimita la competencia de los juzgados de lo mercantil en materia societaria ha provocado que las fronteras entre las competencias de los juzgados mercantiles y civiles sean difusas. El auto analizado resuelve con corrección el problema

²³ Cfr: Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 26 de abril de 2006 (ECLI: ES:APSS:2006:216A) o auto de la Audiencia Provincial de Albacete de 31 octubre de octubre de 2008 (ECLI: ES:APAB:2008:86A).

²⁴ En materia concursal, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de 6 de junio de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2258) afirma que *“Cuando se quiere cuestionar la validez del despido acordado en el seno del concurso hay que accionar (individual o colectivamente) ante el Juzgado de lo Mercantil. Eso es así incluso si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación. Se trata de criterio acogido tanto antes cuanto después de las modificaciones introducidas en la LC que entraron en vigor a principio de enero de 2012. Pero si no se cuestiona la validez del despido concursal, sino que se reclama el abono de determinadas cantidades derivadas de la extinción contractual que comporta (sean indemnizatorias o retributivas) la solución debe ser la opuesta. La competencia exclusiva del Juez Mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados. La excepcionalidad de la atribución competencial en favor del Juez del Concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de determinado asunto”*.

En materia de levantamiento del velo, el auto del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:8799A).

²⁵ En el ámbito interno este problema ha sido ya resuelto por las sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7528) y de 23 de mayo de 2013. (ECLI:ES:TS:2013:2742). Ambas justifican la acumulación ante los juzgados de lo mercantil en el hecho de que *“La finalidad que persigue la norma de atribución de competencia residual a los juzgados de lo civil - artículo 45 LEC, que consagra el principio de la vis atractiva - es la de cerrar el sistema normativo de distribución de competencias entre los distintos órganos judiciales. Este principio no puede prevalecer frente a la norma de especialización competencial de los juzgados de lo mercantil - artículo 83 terLOPJ -, pues esta, sin alejar la materia del orden jurisdiccional civil, al que pertenecen los juzgados mercantiles, va encaminada a la necesidad de avanzar en el proceso de especialización de estos a que lleva la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo, según se declara en la EM de la LORC. Este principio quedaría en entredicho si aceptáramos la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de las acciones acumulada”*.

que se le plantea, negando toda virtualidad decisoria a la naturaleza del órgano judicial que conoció del procedimiento en el estado de origen, prescindiendo de la normativa aplicada por éste y centrando el foco de atención sobre la naturaleza intrínseca de la acción ejercitada. Sólo de esta forma se es fiel a la esencia de un procedimiento de exequatur que no debe entrar en el análisis del fondo del asunto, ni debe valorar la normativa aplicada por el juez de origen.

LEY APLICABLE A LAS ACCIONES CONCURSALES DE
REINTEGRACIÓN (COMENTARIO A LA STJUE DE 8 DE JUNIO
DE 2017, VINYLS ITALIA)

APPLICABLE LAW TO REINTEGRATION ACTIONS
IN INSOLVENCY PROCEEDINGS (COMMENTARY TO CJUE
JUDGMENT 8 JUNE 2017, VINYLS ITALIA)

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ*

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Oviedo*

ORCID ID: 0000-0002-6241-6402

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 04.02.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4645>

Resumen: en el Asunto *Vinyls Italia*, el TJUE recuerda que la ley rectora del concurso no es base suficiente para revocar un contrato perjudicial para el conjunto de los acreedores, si el contratante prueba que la ley rectora de tal contrato no permite su impugnación. Entre los aciertos de la Sentencia, destaca que esta excepción no debe amparar prácticas fraudulentas, además de que su tramitación procesal debe hacerse conforme a la *lex fori*. No obstante, la Sentencia presenta serias dudas al obviar que la determinación de la ley rectora del contrato, y su carácter internacional, deben hacerse por el Reglamento Roma I y no por el Reglamento europeo de insolvencia. También es dudosa la remisión a la *lex fori* para la posible aplicación de oficio de esta excepción; más bien debería jugar a instancia de parte de acuerdo con una interpretación literal y finalista del Reglamento europeo de insolvencia.

Palabras clave: acciones concursales de reintegración, ley aplicable, ley rectora del concurso, ley rectora del contrato, tramitación procesal

Abstract: in *Vinyls Italy Case*, the CJEU reminds that the law governing the insolvency proceeding is not a sufficient basis to revoke a contract detrimental to all creditors, if the contracting party provides proof that the law governing that contract does not allow its revocation. One of the hits of the Judgment is that this defense should not cover fraudulent practices, as well as procedural aspects shall be governed by *lex fori*. However, the Judgment presents serious doubts when it obviates that the determination of the law governing the contract, and its international consideration, shall be made by the Rome I Regulation and not by the European Insolvency Regulation. The reference to the *lex fori* is also doubtful in relation with the possible *ex officio* application of this defense; rather, that defense should play at the request of a party according to a literal and final interpretation of the European Insolvency Regulation.

Keywords: reintegration actions, applicable law, law governing insolvency proceedings, law governing the contract, procedure

*Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIO-VI-IDI/2018/000187). 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. 1. Presentación del caso. 2. Contexto. II. La inmunidad del pago controvertido. 1. Un falso dilema: Reglamento europeo de insolvencia versus Reglamento “Roma I”. A) Tesis del Tribunal en contra del Reglamento “Roma I”. B) Antítesis a favor del Reglamento “Roma I”. 2. Una construcción más acertada: la alteración fraudulenta de la ley aplicable. A) Supliendo el silencio normativo. B) Proyección práctica de la construcción. III. Tramitación procesal de la inmunidad del pago controvertido. 1. Un principio desenfocado: la tramitación conforme a la ley del foro. A) Aspectos positivos. B) Algunas sombras. 2. Unas excepciones necesarias pero insuficientes. A) Excepciones procesales a favor de la ley del contrato. B) Excepciones procesales por el Derecho de la UE. IV. Valoración.

I. Introducción

1. Presentación del caso

1. La Sentencia del Tribunal de 8 de junio de 2017¹ aborda la ley aplicable a las acciones revocatorias concursales. En el caso, cuando la sociedad *Vinyls* se somete a un procedimiento de insolvencia en Italia, Estado donde estaba su domicilio y centro de intereses, su administrador concursal solicita la revocación de dos pagos por valor de casi 450.000 euros que esta sociedad había efectuado a favor de la sociedad *Mediterranea*, también con domicilio en Italia. Dicho administrador entiende que estos pagos se efectuaron cuando ya era notoria la insolvencia del deudor y que, conforme al Derecho italiano rector del concurso, podían ser revocados². Sostiene que, conforme al artículo 4 del Reglamento (CE) n° 1346/2000 (nuevo artículo 7)³, la ley del Estado miembro de apertura del concurso determina “*las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de acreedores*”⁴.

Estos pagos controvertidos se justificaban en un contrato de fletamento marítimo con buques de bandera italiana, para el que las partes habían elegido el Derecho inglés y se habían sometido a un arbitraje de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres, además de haber redactado el contrato en inglés. De hecho, la defensa de *Mediterranea* como beneficiaria del pago se basa en que, conforme al Derecho inglés rector del contrato, no es posible revocar dichos pagos. Y sostiene que este Derecho es el aplicable en virtud del artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia (nuevo artículo 16), que dispone que no se aplica la ley rectora del concurso si el beneficiario del acto perjudicial para los acreedores prueba que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado miembro, en este caso, el Reino Unido (pre-Brexit)⁵, y que esta ley no permite en ningún caso su impugnación. Se podría afirmar que la ley rectora del contrato inmuniza el acto, que deja de ser revocable por la ley rectora del concurso⁶.

¹ C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433.

² Artículo 67, apartado 2 de la *Legge fallimentare* (Ley concursal), aprobada mediante el decreto n. 267 de 16 de marzo de 1942. Este dispone que los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de preferencia de pago de deudas, incluso de terceros, son revocables si se han llevado a cabo dentro de los seis meses anteriores a la declaración de concurso. El síndico debe demostrar que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor.

³ El instrumento analizado en la Sentencia es el Reglamento (CE) n° 1346/2000, ya sustituido por el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), *DOUE*, n° L 141, 5.6.2015. Aunque la numeración es distinta, el contenido de ambos es similar en los aspectos tratados en la Sentencia.

⁴ Artículo 4.2.m) [nuevo artículo 7.2.m)].

⁵ *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Las acciones de reintegración en el Reglamento europeo de insolvencia: precisiones sobre ley aplicable”, *La Ley UE*, n° 50, 2017, disponible en <https://eprints.ucm.es>, pp. 1-7, esp. p. 8, destacando cómo, en un escenario post-Brexit, la eventual aplicación de la ley inglesa ya no dependería del Reglamento europeo de insolvencia sino del Derecho estatal de cada Estado miembro.

⁶ En cualquier caso, debe tratarse de actos anteriores a la apertura del concurso, *cf.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 139; L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2005, p. 269; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel, 2016, p. 621.

2. Contexto

2. Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene precisar algunas cuestiones previas para contextualizar el caso. Para empezar, la acción revocatoria concursal se plantea ante los tribunales italianos del Estado de apertura del concurso. Al tratarse de una cuestión basada en la legislación de insolvencia y vinculada al proceso concursal, estos tribunales son competentes y lo son a título exclusivo y excluyente de cualquier otro⁷. Ello tiene su relevancia en el caso porque toda remisión de la Sentencia a la ley del foro para la tramitación procesal va a ceñirse a la ley del Estado de apertura del concurso. Además, aunque no se plantee como cuestión prejudicial, no puede pasar desapercibido que la acción revocatoria se ejercita sobre unos pagos en el marco de un contrato para el cual se había pactado un arbitraje. El tribunal remitente no se plantea que estos aspectos puedan solventarse ante un órgano arbitral y no ante el juez del concurso, aunque este no había sido un aspecto pacífico en la doctrina⁸. En cualquier caso, cabe coincidir aquí con el tribunal remitente, ya que precisamente esa vinculación con el procedimiento concursal y ese fundamento en la legislación de insolvencia podrían hacer la materia no arbitrable desde la perspectiva del Derecho italiano.

3. El otro aspecto previo a tener en cuenta es que el contrato se celebró el 11 de marzo de 2008, por lo que era aplicable el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma, el 19 de junio de 1980, y no el Reglamento “Roma I”⁹, que lo sustituyó con posterioridad. Puede parecer una cuestión menor dadas las similitudes en la materia enjuiciada, si no fuera porque el órgano jurisdiccional remitente, un tribunal de primera instancia, no era competente para plantear una cuestión prejudicial sobre el Convenio, y sí sobre el Reglamento europeo de insolvencia¹⁰. Para solventar este inconveniente, el Tribunal recurre a una solución adecuada. Considera pertinente la cuestión prejudicial en la medida en que se refiere directamente al artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia (nuevo artículo 16) y a su ámbito de aplicación, para el cual sí había competencia del órgano remitente para formular la citada cuestión. Solo indirectamente se hace alusión a los instrumentos a los que el artículo 13 del Reglamento remite¹¹.

II. La inmunidad del pago controvertido

1. Un falso dilema: Reglamento europeo de insolvencia *versus* Reglamento “Roma I”

A) Tesis del Tribunal en contra del Reglamento “Roma I”

4. Los pagos controvertidos que habían descapitalizado a la sociedad concursada están relacionados con un contrato de fletamento. La ley rectora del contrato determina, pues, la validez y eficacia de estos pagos.

En su apartado 46, el Tribunal concluye que la inmunidad del acto admitida en el artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia debe jugar cuando ambas partes están establecidas en un mismo Estado y se elige la ley de otro Estado miembro. Para ello realiza una interpretación del Reglamento europeo de insolvencia a título de ley especial, encargado de determinar si el contrato es nacional o internacional para identificar la ley aplicable¹². Esta interpretación especial desplaza a la de-

⁷ STJUE de 14 de noviembre de 2018, *Wiemer*, C296/17, ECLI:EU:C:2018:902

⁸ *Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje y concurso internacional*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2008, pp. 70 y ss.; M. PENADÉS FONTS, *Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015, pp. 215 y ss.

⁹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177*, 4.7.2008.

¹⁰ Artículo 2 del Primer Protocolo del Convenio de Roma relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia.

¹¹ Apartados 43 y 44 de la Sentencia.

¹² Apartado 48 y STJUE de 16 de abril de 2015, *Lutz*, C-557/13, EU:C:2015:227, apartado 46. *Vid.* C. THOLE, “Die Einrede des Anfechtungsgegners gmäss Art. 16 EuInsVO 2017 (Art. 13 EuInsVO 2002) zwischen lex causae und lex fori concursus”, *IPRax*, 2018, pp. 388-392, esp. p. 389.

terminación de la internacionalidad del contrato que pueda hacerse por el Reglamento “Roma I”. Este desplazamiento se hace, además, con vehemencia por parte del Tribunal, pues se recalca que la cuestión debe examinarse “únicamente” a la luz del Reglamento europeo de insolvencia¹³.

Lo curioso del caso es que todo este razonamiento se hace para después concluir que el Reglamento europeo de insolvencia guarda silencio sobre cómo delimitar si un contrato es nacional o internacional. De ese silencio cabe deducir, según el Tribunal, que el artículo 13 (nuevo 16) es aplicable cuando todos los elementos se localizan en un Estado y se elige la ley de otro Estado¹⁴. Llevado al supuesto, esto significa que el pago controvertido no es atacable si así lo dispone el Derecho inglés elegido.

B) Antítesis a favor del Reglamento “Roma I”

5. A diferencia de la solución de la Sentencia, la ley del contrato, y su carácter internacional o no, deberían haberse determinado conforme al Reglamento “Roma I”, al que remite tácitamente el Reglamento europeo de insolvencia. De esta forma, habría una solución clara y sencilla para el supuesto en cuestión¹⁵. Así, si todos los elementos pertinentes del contrato se localizan en un Estado, la elección de ley no afecta a las normas no derogables por acuerdo del Derecho de ese Estado, como sería el caso de las normas sobre acciones revocatorias concursales. Al contrario, si conforme al Reglamento “Roma I”, existe algún elemento extranjero relevante en el contrato, este se calificaría como internacional, y no como interno, y la elección de ley sería totalmente eficaz. Lamentablemente, al desplazar el Tribunal al Reglamento “Roma I”, la Sentencia no entra en este aspecto. No obstante, cabría apuntar que la internacionalidad del contrato para aplicar el citado Reglamento “Roma I” debería estar en algún elemento distinto de la voluntad las partes. O sea, que no sea simplemente la elección de un arbitraje extranjero, la redacción del contrato en idioma extranjero, o la mera alusión en el contrato a la “posibilidad” de transportar la mercancía por aguas territoriales de otro Estado¹⁶. Al contrario, comprobado que los contratantes tienen sus establecimientos en el mismo Estado, tendría muchísima importancia si la prestación del transporte es efectivamente internacional, aspecto en el que la Sentencia no entra¹⁷.

6. Sea como fuere, la solución de la Sentencia desplazando al Reglamento “Roma I” no es convincente porque existe un afán excesivo de destacar el particularismo del concurso, como se tratará de analizar a la luz de cuatro argumentos: de practicidad, de finalidad de la norma, de aplicación judicial y de sistemática del Derecho de la UE.

- i) Atendiendo a un argumento de practicidad, el artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia no da ningún indicio sobre esta cuestión de la internacionalidad del acto, más allá de lo que se deduce de los preámbulos sobre que el Reglamento contiene normas de conflicto, aplicables, por tanto, en situaciones internacionales¹⁸. El esfuerzo del Tribunal, aunque loable, es en balde. Si el Reglamento europeo de insolvencia, que no resuelve el problema, remite a otro instrumento, el Reglamento “Roma I”, que sí lo resuelve, no se entiende por qué no aplicar este. Del mismo modo, si la inmunidad se rige por la ley del acto internacional, el Reglamento encargado de determinar esta ley, el Reglamento “Roma I”, debe regular el concepto de internacionalidad.
- ii) De acuerdo con la finalidad de la norma, la interpretación especial concursal, aparte de resultar más compleja, no es ni mucho menos el objetivo del propio Reglamento europeo

¹³ Apartado 49.

¹⁴ Apartado 50.

¹⁵ Artículo 3.3 del Reglamento “Roma I”.

¹⁶ Vid. el apartado 145 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, donde se analiza que el beneficiado basó la internacionalidad en la estipulación de “una cláusula contractual que permite utilizar un buque en las aguas territoriales de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio se haya celebrado el contrato y en el que las partes tienen su domicilio social”. Nada de ello merece atención por el Tribunal. A mi juicio, la mera mención en un contrato de esta posibilidad no es suficiente para la consideración internacional del contrato, pero sí la verdadera intención de realizar un trayecto internacional.

¹⁷ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, p. 6.

¹⁸ Apartado 47 de la Sentencia.

de insolvencia. Al contrario, el recurso al Reglamento “Roma I”, además de resultar más sencillo, responde al propio objetivo del Derecho concursal. El Reglamento de insolvencia regula, por así decir, la situación concursal pero, en este caso, quiere tener en cuenta la situación al margen de concurso. Esa situación extraconcursal no debe pasarse, pues, por el filtro del Derecho concursal. De hecho, el precepto concursal analizado nació precisamente para proteger las expectativas del tercero generadas en el tráfico comercial al margen del concurso¹⁹. Razón de más para no hacer una interpretación especial concursal y para no caer en la artificiosidad de distinguir entre situaciones extraconcursoales “ordinarias” y situaciones extraconcursoales “en el marco de un procedimiento de insolvencia”. De hecho, la Sentencia conlleva un alto grado de inseguridad: podría ser que la ley elegida tuviera una eficacia distinta en situaciones extraconcursoales ordinarias (Reglamento “Roma I”) y en situaciones extraconcursoales en el contexto del concurso (Reglamento de insolvencia según la interpretación de la Sentencia). Y esta situación no tiene sentido. El Reglamento europeo de insolvencia puede optar entre la ley concursal y la ley del contrato, pero no parece lógico que establezca cómo se determina la ley del contrato, ni siquiera a los efectos de la insolvencia. Bastará constatar este razonamiento a la luz del caso concreto. El contrato, en una situación extraconcursal del Reglamento “Roma I”, se rige por la ley inglesa elegida respetando las normas de acciones revocatorias de Derecho italiano por ser normas imperativas no derogables por acuerdo. Sin embargo, en una situación extraconcursal, pero en el marco del concurso, de acuerdo con el Tribunal, el contrato se rige por la ley inglesa, sin necesidad de respetar las normas italianas no derogables por acuerdo. El Tribunal duplica de un modo absurdo el régimen contractual. Además, incomprensiblemente, da más libertad a los contratantes una vez abierto el concurso (total autonomía conflictual), precisamente cuando hay terceros perjudicados. Se reduce esta libertad cuando no hay concurso (autonomía material con respeto a las normas imperativas), paradójicamente cuando no tiene por qué haber terceros perjudicados.

- iii) Lo expuesto se corrobora desde un argumento del razonamiento judicial, pues conviene distinguir entre norma de remisión y ley referenciada. El artículo 13 (nuevo 16) es una norma de remisión a la ley del acto, la ley referenciada. Cómo se determine esa ley es una cuestión ya ajena al Derecho concursal, una cuestión regulada por el Reglamento “Roma I”²⁰. Y la cuestión de la internacionalidad o no del acto afecta a la determinación de la ley de dicho acto, a la ley referenciada, pero no a la norma de remisión²¹.
- iv) Aparte del práctico, del finalista y del procesal, existe un cuarto argumento de interés: la propia sistematicidad del Derecho de la UE. El Tribunal obvia que se trata de coordinar dos normas europeas, el Reglamento de insolvencia y el Reglamento de contratos. Así pues, la perspectiva debe ser otra: la coherencia entre ambos instrumentos²². Y esta coherencia se sacrifica por el Tribunal con base en una especialidad del Derecho concursal, que en este precepto no es tal. Es más, lo que pretende ese precepto especial es dar entrada al régimen general de los actos, incluso para cuestiones en principio excluidas del Reglamento “Roma I” como las acciones concursales de reintegración²³. Cabe reconocer que en otros casos el Tribunal ha forzado la interpretación especial concursal porque se trataba de coordinar el

¹⁹ Vid. el Informe de M. VIRGÓS SORIANO/ E. SCHMIT al Convenio sobre procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas, el 23 de noviembre de 1995, § 138 (https://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/Legislation/Virgos-Schmit-Report.pdf), cuya regulación es equivalente a la del actual Reglamento. En la doctrina, *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, p. 135; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 139.

²⁰ Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 621.

²¹ Cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, p. 7. Destaca este autor lo contradictorio que resulta que el Reglamento europeo de insolvencia admita la elección de ley conforme al artículo 3.1 del Reglamento “Roma I”, para luego vetar la aplicación del artículo 3.3 del mismo Reglamento.

²² Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 70 (2018-2), pp. 17-47, esp. pp. 21 y ss.

²³ Vid. los apartados 165 y 166 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar.

Derecho de la UE con Derechos estatales y, en este sentido, el Tribunal suele inclinarse a favor de la interpretación uniforme. Pero este no es el caso, porque ya se interprete el Reglamento europeo de insolvencia, ya el Reglamento “Roma I”, se está afinando el sistema europeo sin dar ninguna entrada a los Derechos de Estados miembros²⁴.

2. Una construcción más acertada: la alteración fraudulenta de la ley aplicable

A) Supliendo el silencio normativo

7. El discutible planteamiento del Tribunal de Justicia a favor de la inmunidad del pago controvertido al margen de lo que disponga el Reglamento “Roma I” se corrige *a posteriori* y de una forma más acertada. En efecto, la aplicación de la ley rectora del contrato *ex* artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia puede descartarse si se observa un ánimo fraudulento o abusivo de “*sustraer el contrato*” a la aplicación de la ley del concurso.

Se trata de una conclusión muy acertada, aunque no excesivamente elaborada. De hecho, no se distingue entre abuso y fraude. Quizá la alusión al abuso se dirija al ejercicio de un derecho sobrepasando sus límites razonables, y la alusión al fraude, a la elusión de la aplicación de una norma por invocación de otra. Esta construcción puede tener su potencial en varios niveles más allá del caso: en un plano concursal y en un plano general extraconcursal.

8. En un plano concursal, el artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia que garantiza la inmunidad del acto al concurso había sido objeto de muchas críticas. Básicamente se reprochaba que era la cobertura ideal para huir de la masa concursal. Las partes que quería defraudar a la masa podían pactar qué ley regía el fraude de acreedores concursal, a diferencia de si se aplicaba la ley del concurso, que no puede ser alterada por voluntad de las partes implicadas²⁵. A partir de este dato, con un buen asesoramiento jurídico, era fácil conseguir la inmunidad del acto para que un determinado activo no se integrara en la masa concursal. De hecho, se había destacado la conveniencia de eliminar este precepto en la refundición del Reglamento europeo de insolvencia (nuevo artículo 16), aunque finalmente no ha ocurrido así²⁶. Pues bien, gracias a la construcción del Tribunal de Justicia, por lo menos se ha conseguido reducir el ámbito de aplicación de la ley del acto, más proclive a la inmunidad, y ampliar el ámbito de la ley del concurso, que no permite a las partes buscar la inmunidad del acto. En términos clásicos de teoría conflictual, mientras que la norma de conflicto basada en la ley del concurso mantiene cierta neutralidad en cuanto al resultado, la aplicación de la ley del contrato ya se orienta materialmente a un resultado, a saber: la inmunidad de este contrato²⁷. Y se orienta a favorecer el blindaje del contrato por una doble vía. Primera, permitiendo que las partes elijan la ley que más les interese frente a los acreedores del concurso. Segunda, estableciendo normas de conflicto con puntos de conexión cumulativos, pues, en la práctica, la revocación de actos perjudiciales a la masa tiene que estar prevista conjuntamente por dos leyes, la ley del contrato y la ley del concurso²⁸. Ello aumenta la probabilidad de que el acto sea inmune.

9. La construcción citada del Tribunal puede tener un potencial mayor para todo el Derecho internacional privado de la UE, y no solo el concursal, pues, aunque rudimentaria, parece empezar a

²⁴ Es verdad, también, que como ya se indicó en la introducción, había un problema procesal de forma que, mientras que era admisible la cuestión prejudicial sobre el Reglamento europeo de insolvencia, no lo era sobre el Convenio de Roma de 1980. Pero este condicionante que fuerza al Tribunal a inclinarse por una interpretación concursal no puede eliminar un objetivo tan importante en el Derecho de la UE, como el de la coherencia entre sus propias normas.

²⁵ Vid. L. CARBALLO PIÑEIRO, *op. cit.*, pp. 221-225; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2010, p. 107.

²⁶ Vid., por ejemplo, Grupo de Estudios Internacionales y Europeos de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Proposals on the Reform of the Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings”, *ADCo*, nº 24, 2011, pp. 229-239, esp. p. 234.

²⁷ Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Divesification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 1-426, esp. pp. 322 y ss.

²⁸ Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ R. ARENAS GARCÍA / P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 620.

tejerse una interpretación del fraude en normas de Derecho internacional privado. En el razonamiento del Tribunal se vislumbran dos posibles tipos de fraude:

- i) Fraude en la aplicación de las normas de conflicto. Existe una norma de conflicto de cobertura: el artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia, que remite a la ley inglesa. También concurre una norma de conflicto defraudada: el artículo 4 (nuevo 7), que remite a la ley italiana como ley del concurso y de la que intentan sustraerse las partes. Como consecuencia de la concurrencia de un fraude se aplicaría la norma defraudada y no la norma de cobertura: en el caso, la ley italiana. Así pues, el Tribunal comienza a suplir la ausencia de una regulación específica sobre el fraude de normas de conflicto en cada uno de los instrumentos de Derecho internacional privado y la carencia de un denominado reglamento “Roma 0” que regulara estas cuestiones.
- ii) Alteración fraudulenta del punto de conexión. Si no se negara la aplicación del artículo 13 (nuevo 16), quedaría por determinar cómo se aplica este y se determina la ley rectora del contrato. En efecto, la actuación de las partes parece buscar alterar el punto de conexión. En cierto modo, aquí podrían concurrir tanto abuso de derecho como fraude: abuso, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir la ley inglesa; fraude, en la elusión de las normas imperativas italianas.

La delimitación de esta tipología no es menor por una razón ya antes apuntada. El Reglamento europeo de insolvencia debe centrarse en evitar el fraude en la aplicación de sus normas (fraude tipo 1). Pero no le compete evitar el fraude en la determinación de la ley del contrato (fraude tipo 2). Esto ya corresponde al Reglamento “Roma I” y a su artículo 3.3, que juega como una regla anti-fraude, cuando señala que la elección de ley no puede privar de la aplicación de toda norma imperativa del Estado al que se vincula íntegramente el contrato.

B) Proyección práctica de la construcción

10. Expuesta la construcción teórica del Tribunal, la cuestión es cómo detectar una práctica abusiva o fraudulenta, para lo cual se exigen dos elementos concurrentes: objetivo y subjetivo²⁹. El elemento objetivo es la distorsión del fin perseguido por la norma; el elemento subjetivo es la intención de conseguir una ventaja indebida. *A sensu contrario*, la intención fraudulenta no sería sancionable si se respeta el fin perseguido por la norma. Al tiempo, un fin distinto al previsto por la norma tampoco es sancionable si no existía ánimo de obtener una ventaja indebida³⁰.

Aplicado al caso, el elemento subjetivo sería la intención de los contratantes de conseguir una ventaja indebida, la inmunidad del pago, frente a la masa concursal de acreedores. El elemento objetivo sería conculcar el fin del artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia: la confianza legítima de las partes en la aplicación de la ley del contrato³¹. Podría decirse que en esos casos la confianza de los contratantes pasa de ser legítima a ser ilegítima. Y esta ilegitimidad se constata si las partes, más que la intención “positiva” de someter el contrato a la ley inglesa, tienen la intención “negativa” de sustraer ese contrato a la ley italiana rectora del concurso.

En cualquier caso, hay un prejuicio peligroso en la construcción del Tribunal: dar por hecho que las partes, cuando eligen la ley al contrato, están motivadas por la idea de huir de la ley rectora del concurso, cuando, a decir verdad, en ese momento no hay concurso. ¿Significa, entonces, que debe haber cierta previsibilidad o conocimiento de una futura situación de insolvencia cuando se elige ley en el contrato? Se trata de un aspecto que el Tribunal ignora, pero que necesariamente se deduce de su razonamiento. La prueba de que se pretende huir de la ley del concurso es que se conozca que existe una probabilidad razonable de declararse en insolvencia. Y esa probabilidad razonable debe estar en el momento de elección de ley, en el caso, en el momento de celebración del contrato, no en el momento posterior de cumplimiento

²⁹ Apartado 52.

³⁰ STJUE de 28 de julio de 2016, *Kratzer*, C 423/15, EU:C:2016:604, apartados 38 a 40.

³¹ Apartado 54.

del contrato conforme a la ley elegida³². La cuestión, aunque omitida por el Tribunal, no era menor en el caso, porque entre la firma del contrato y el pago controvertido transcurre un año³³.

11. Las dificultades de esta teoría es su aplicación práctica por el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Para paliar estos obstáculos, el Tribunal da un indicio interesante pero insuficiente: el “*carácter puramente artificial de las operaciones de que se trate*”³⁴. Antes de entrar en la valoración de este criterio, conviene hacer una precisión: será indistinto que lo artificial sea la operación de pago o el contrato del que deriva. Este aspecto es interesante porque no cabe duda de que el pago conforme a la ley inglesa es correcto porque se está ejecutando el contrato sometido a la ley inglesa. La artificiosidad es indirecta: deriva de una cláusula originaria del contrato, no de la ejecución de este.

12. Aclarado esto, la meritoria intención del Tribunal de ofrecer un parámetro de abuso o fraude basado en “actos artificiosos” acaba siendo poco útil, por cuanto se realiza una interpretación muy restrictiva. Siguiendo el criterio de la Comisión, el Tribunal entiende que la elección de una ley de un Estado distinto al Estado en el que las partes están establecidas no crea ninguna presunción en torno a la artificiosidad de la operación y a la voluntad de eludir de modo fraudulento o abusivo las disposiciones en materia de insolvencia³⁵.

Discrepo de esta afirmación por dos razones: una de fondo, y otra sistemática. De fondo, es razonable pensar que si, en un contrato íntegramente vinculado a un Estado, las partes se someten a una ley extranjera, existe un mínimo de “artificiosidad”. Debería invertirse ya la carga de la prueba. No en vano, se aplican unas normas que no cabría prever que rigieran el contrato, en términos estadísticos, porque el centro de gravedad de este contrato no internacional se halla íntegramente en otro Estado. Además, desde una perspectiva sistemática, el Tribunal, al prever que la elección de una ley distinta no es un indicio de artificiosidad, sigue alejándose cada vez más de una interpretación coherente con el artículo 3.3 del Reglamento “Roma I”, que debería ser la clave del sistema: la elección de ley no puede derogar las normas imperativas del Estado al que se vincula íntegramente el contrato³⁶.

III. Tramitación procesal de la inmunidad del pago controvertido

1. Un principio desenfocado: la tramitación conforme a la ley del foro

A) Aspectos positivos

13. Como ya se ha señalado, la ley del concurso que revoque el acto no se aplica si el beneficiario prueba que este acto está sujeto a la ley de otro Estado miembro que no permite tal impugnación. En el caso, la ley italiana no puede invocarse para anular los pagos controvertidos si el beneficiario prueba que la ley inglesa los inmuniza.

Hay en esta norma algún indicio sobre la tramitación procesal de esta excepción, básicamente, la prueba de ello por parte del beneficiario. Pero más allá de este aspecto, no existe una regulación procesal completa. Por ello, el Tribunal, con buen criterio, entiende que los aspectos procesales de esta oposición

³² Apartados 128 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar.

³³ Apartados 11 y 12 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar.

³⁴ Apartado 53.

³⁵ Apartado 55.

³⁶ *Vid.* C. THOLE, *loc. cit.*, p. 389. Las críticas vertidas al razonamiento del Tribunal no significan que toda elección de ley que dé inmunidad al contrato y bloquee las acciones revocatorias sea artificial. Solo que deben estar vinculadas a una elección de ley que responda a los estándares del comercio internacional. Por ejemplo, si una empresa de un Estado A contrata con otra empresa de un Estado B y eligen la ley C, que inmuniza el contrato, el hecho de elegir esta ley C, no vinculada a los elementos del contrato, es habitual en términos cuantitativos y puede responder a múltiples intereses, como la elección de una ley neutral y ajena a ambas partes. No habría aquí indicio de artificiosidad, pero porque estaríamos en un contrato internacional y no en un contrato interno, como ocurre en el caso.

deben regularse por la ley del juez que esté conociendo del asunto con fundamento en el principio de autonomía procesal³⁷.

Ciertamente, la ley procesal interna determina la forma y plazo de plantear la oposición a la revocación³⁸. Esta ley determinará si debe hacerse en el escrito de contestación o en un momento posterior³⁹. También si el hecho de no plantear estas excepciones procesales y materiales implican su preclusión (caducidad, en palabras del Tribunal). Por último, esa ley interna establece si el planteamiento de las excepciones en un momento inicial es compatible con una posterior concreción o modificación de las pretensiones en comparencias o vistas posteriores⁴⁰.

14. La cuestión es más complicada a la hora de determinar el régimen de la prueba de la inmunidad del acto. En este aspecto, en la Sentencia se observan luces y sombras. Luces porque se acierta en remitir ciertas cuestiones a la ley procesal nacional⁴¹. Estas serían los medios de prueba admisibles sobre los que el Reglamento europeo de insolvencia no dispone nada. En este caso, son de vital importancia la prueba documental del contenido del Derecho extranjero y la pericial, así como las modalidades de práctica de la prueba, en la forma admitida por Derecho italiano, por la que un abogado experto en Derecho inglés concluye que el acto es inmune⁴².

B) Algunas sombras

15. Aparte de los aspectos positivos antes mencionados, algunos planteamientos son más dudosos. Así, no es del todo convincente la afirmación del Tribunal según la cual la ley procesal interna determina la apreciación de la fuerza probatoria y su convencimiento sobre los elementos de prueba. O, dicho de otro modo, la norma europea exige probar la inmunidad, pero cuándo se entiende probada queda en la esfera del Derecho procesal interno. El Tribunal debería haber hecho un esfuerzo por construir una interpretación uniforme en torno a la apreciación de la fuerza probatoria; no vaya a ser que los distintos criterios de apreciación de la fuerza probatoria de las leyes nacionales perjudiquen el efecto útil de la prueba de la inmunidad.

16. Al margen de este matiz, o incluso *desideratum*, el aspecto más discutible es que el Tribunal considera que la ley procesal nacional determina cuándo el órgano jurisdiccional “*puede aplicar de oficio*” el artículo 13 del Reglamento⁴³. No queda muy claro el sentido del término utilizado. En una primera acepción, podría entenderse que el Tribunal se está refiriendo a la aplicación de oficio de la norma de conflicto, constanding elementos de prueba suficiente de la *lex causae*⁴⁴. Por otro, en una segunda acepción, que no parece la que quería formular el Tribunal, cabría entenderse como una alusión a la prueba de oficio del Derecho extranjero y, con ello, de la inmunidad del acto. En cualquiera de las dos acepciones, la afirmación es discutible.

En la primera acepción, la aplicación de oficio de una norma de conflicto de la UE en modo alguno debe depender de la ley procesal interna. La aplicación de oficio es inherente a la eficacia y primacía del Derecho de la UE. Solo hay una excepción, que este mismo ordenamiento europeo disponga otra cosa y esto es precisamente lo que ocurre en el caso. En el Reglamento, esta norma debe jugar a

³⁷ STJUE de 15 de octubre de 2015, *Nike European Operations Netherlands*, C-310/14, EU:C:2015:690, apartado 28.

³⁸ Apartado 32 de la Sentencia.

³⁹ En el caso que nos ocupa, parece que el artículo 167 del Código procesal civil italiano exigía presentar la excepción en la contestación.

⁴⁰ En el caso que nos ocupa el artículo 183 del Código procesal civil italiano permitía precisar y modificar las pretensiones en la vista fijada para la primera comparencia.

⁴¹ Apartado 25 de la Sentencia y STJUE de 15 de octubre de 2015, *cit.*, en el asunto *Nike European Operations Netherlands*, apartado 27.

⁴² Repárese, no obstante, en que la prueba de la inmunidad no debe conducir a una imposible prueba de hechos negativos, *cf.* L. CARBALLO PIÑEIRO, *op. cit.*, p. 273.

⁴³ Apartado 27.

⁴⁴ De acuerdo con el apartado 40 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, parece ser que en realidad el conflicto se basaba en una situación extraña en la que el beneficiario sí aportaba los elementos de prueba al respecto conforme a la ley del contrato, pero no había activado la excepción procesal correspondiente para invocar la norma de conflicto.

instancia de parte, del tercero beneficiario⁴⁵. No en vano, la norma de conflicto a favor de la inmunidad se concibe como una oposición o una excepción de la parte⁴⁶. No debería haber lugar para aplicar la ley procesal interna en este punto.

Igualmente erróneo sería la segunda acepción del argumento del Tribunal, esto es: afirmar que la ley interna puede establecer la prueba de oficio de la inmunidad conforme a un Derecho extranjero. La remisión a la ley nacional implica una grave alteración del mandato de la norma europea. Cuando esta establece que el tercero beneficiario “*pruebe*” (*sic*) la inmunidad, está haciendo una unificación europea en sentido positivo, por lo que dice, y en sentido negativo, por lo que excluye. En sentido positivo, y de forma pacífica, se unifica un derecho europeo de que el beneficiario puede hacer la prueba. Pero, también, en sentido negativo, se unifica que ese derecho es excluyente y que nadie distinto al beneficiario del acto (o a lo sumo, parte subrogada) probará esa inmunidad⁴⁷. Por tanto, a diferencia de lo apuntado por el Tribunal, esa inmunidad no puede jugar de oficio por el juez que no puede invocar la ley rectora del acto, incluso aunque tuviera conocimiento de esa inmunidad.

17. Esta carga procesal para el beneficiario, además de resolver bastantes problemas sobre la controvertida prueba del Derecho extranjero, tiene también una justificación de fondo. Si el beneficiario no alega una mínima prueba de la ley rectora del acto, podría entenderse que existe una negligencia procesal extrema. Si ni siquiera alega la ley extranjera conforme a la norma de conflicto correspondiente, existiría una aceptación tácita de la ley del concurso, cuya aplicación pasaría a ser totalmente imputable al beneficiario⁴⁸.

2. Unas excepciones necesarias pero insuficientes

A) Excepciones procesales a favor de la ley del contrato

18. En la remisión a la ley procesal del foro para la tramitación de la inmunidad del acto, el Tribunal hace algunas excepciones⁴⁹. La primera es la relativa a la caducidad y prescripción de la acción revocatoria, que es una forma de conseguir la inmunidad del acto, y que se rige por la ley del fondo. El Tribunal establece dos dimensiones de los plazos: el primero, regido por la ley rectora del acto, relativo a la prescripción o caducidad del ejercicio de la acción revocatoria; el segundo, regulado por la ley procesal, relativo al periodo del que dispone el beneficiario del acto para alegar dicha inmunidad por prescripción o caducidad. En efecto, ya se ha señalado que el plazo para ejercitar la excepción sobre la inmunidad se determina por la ley procesal del foro. Pero ello no debe confundirse con una cuestión previa, distinta y autónoma, y es que precisamente pueda afirmarse esa inmunidad porque las acciones están prescritas. Esta cuestión ya se rige por la ley rectora del fondo, que determina la inmunidad de este, ya sea por razones sustantivas, ya por razones procesales. El Tribunal había considerado en una Sentencia anterior que la inmunidad puede derivar de que, según la ley del acto, la acción revocatoria esté prescrita o caducada⁵⁰. El argumento es correcto porque los plazos para el ejercicio de un derecho relacionado con un acto jurídico están muy vinculados a dicho acto jurídico y, por tanto, a la ley rectora del fondo⁵¹.

⁴⁵ Cf. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 136; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 138; L. Carballo Piñeiro, *op. cit.*, pp. 272-275.

⁴⁶ Coincido con los apartados 42 y siguientes las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar. Esta oposición se ha llegado a calificar como un “veto”, cf. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁷ Cf. el Informe de M. VIRGÓS SORIANO / E. SCHMIT, *cit.*, § 136.

⁴⁸ En este contexto, a mi juicio, la remisión del Tribunal a la ley procesal interna para la prueba de oficio debería reconsiderarse y circunscribirse a casos en los que el beneficiario alega la norma de conflicto y la inmunidad del acto, además de presentar un principio de prueba de un Derecho extranjero, pero no hace una prueba completa para el tribunal. En ese caso, y no en otros y de forma tan amplia como hace el Tribunal, sí que podría admitirse cierto complemento de una prueba que, aunque no completa, sí ha sido razonable y no negligente. De esta forma se preservaría el efecto útil de la regulación. Pero nótese que la propuesta que aquí se hace es en clave, no de remisión a la ley nacional, como hace el Tribunal, sino en clave de interpretación uniforme favorable a completar un principio de prueba de la parte.

⁴⁹ *Vid.*, en detalle, C. THOLE, *loc. cit.*, p. 389.

⁵⁰ STJUE de 16 de abril de 2015, en el asunto ya citado *Lutz*.

⁵¹ *Vid.*, de hecho, el propio artículo 12.1.d) del Reglamento “Roma I” remitiendo a la ley del contrato la regulación de la prescripción y la caducidad. En la doctrina, *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *op. cit.*, pp. 105-106.

B) Excepciones procesales por el Derecho de la UE

19. La segunda excepción a la remisión a la ley procesal está relacionada con los límites del Derecho de la UE⁵². En particular, debe respetarse el principio de equivalencia y no discriminación, de forma que la tramitación procesal de esta excepción europea no puede ser más gravosa que las puramente internas, ni dejar en condiciones peores a quien la ejerce respecto de intervinientes en dichas excepciones internas.

Además del principio de equivalencia, deben respetarse el de efectividad y el de preservación del efecto útil del Derecho de la UE. Ninguna legislación procesal interna puede hacer en la práctica ineficaz la regulación del Derecho de la UE. Esta ineficacia tiene dos modalidades: imposibilidad práctica del ejercicio de la excepción europea si, por ejemplo, la ley procesal no prevé cauce procesal alguno para plantear la inmunidad del acto; o excesiva dificultad en el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento de la UE. Esta última modalidad aparece destinada en la Sentencia a derechos de los consumidores. No queda claro, pues, si la cita del Tribunal es meramente retórica y al margen del caso que afecta a dos empresas, o si el Tribunal está intentando proteger el efecto útil de la normativa, aun cuando el titular de estos derechos sea un profesional con una posición jurídica y económica adecuada para asumir esa complejidad.

Sea como fuere, este límite del principio de equivalencia, formulado en abstracto, debería a mi juicio haber sido aplicado a una cuestión ya previamente señalada: la posibilidad de aplicación de oficio del artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia, si lo establece la ley procesal interna. Hay en esa remisión una pérdida del efecto útil de la norma. Se trata de proteger la seguridad jurídica del tercero beneficiario, pero este puede renunciar a esa inmunidad ya intencionadamente, ya por una negligencia procesal grave al obviar el planteamiento de la excepción. Que el órgano jurisdiccional supla esta omisión de oficio lo coloca en garante de un objetivo contrario al efecto útil de la regulación: suplir la negligencia grave o la voluntad del tercero y actuar en contra de la colectividad de acreedores.

Así pues, el planteamiento del Tribunal sobre la aplicación de oficio del artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia debería haber ido por otros derroteros, básicamente la posible invocación tácita de la norma de conflicto por la parte y una graduación de su negligencia. Las conclusiones del Abogado General son muy interesantes en este punto⁵³. Si el Tribunal asume que el beneficiario probó la inmunidad de los pagos conforme al Derecho inglés, es que tácitamente la parte estaba invocando la norma de conflicto, aunque no lo hiciera por el cauce procesal adecuado. Entonces, podría observarse una negligencia procesal leve que no debería tener por efecto privar al beneficiario de la aplicación de la ley inglesa.

IV. Valoración

20. En el ámbito de la ley aplicable, en el razonamiento de la Sentencia hay un mal inicio y una buena conclusión: una mala salida por la ruptura entre Reglamento europeo de insolvencia y Reglamento “Roma I”; una mejor llegada por los correctivos basados en la prevención del fraude y del abuso. En efecto, como punto de partida, el Reglamento europeo de insolvencia debe decidir si se aplica la ley del concurso o la ley del contrato, pero no debe influir, a diferencia de lo que señala el Tribunal, en cómo determinar la ley del contrato. Parece dudoso tener una interpretación de la ley del contrato en el concurso y otra fuera de él. También es cuestionable admitir la autonomía conflictual en el concurso y no fuera de él, donde solo cabe la autonomía material. Y todavía más incomprensible resulta que el contrato se rija por la ley inglesa en función de normas concursales y por la ley italiana (por lo menos, en lo que respecta a sus normas no derogables por acuerdo), en función de las normas extraconcursoales.

Estas debilidades estructurales de la Sentencia se atenúan por la construcción en torno a que nada de lo dispuesto debe amparar el fraude de ley o el abuso de derecho. De un modo un tanto dubitati-

⁵² Apartado 26. *Id.*, también, STJUE de 15 de octubre de 2015, en el caso ya citado *Nike European Operations Netherlands*, apartado 28.

⁵³ *Cf.* apartado 48.

vo y no muy elaborado, el Tribunal impide que las partes puedan elegir una ley con el único objetivo de hacer inmune el contrato frente a la masa concursal. Esta interpretación tendrá un impacto positivo en la interpretación del Reglamento y de su artículo 13 (nuevo 16), muy criticados porque eran la cobertura ideal para eludir patrimonio del concurso eligiendo una ley del contrato que lo hiciera inmune.

21. En el tratamiento procesal de la cuestión, la situación se invierte: hay un buen inicio pero una peor conclusión. Una buena salida porque parece oportuno que la ley rectora del proceso determine toda la tramitación de la excepción procesal a favor de la inmunidad del acto en todo lo que no se deduzca del Reglamento europeo de insolvencia. Una mala llegada porque sí hay aspectos tratados en el Reglamento y que, por tanto, no pueden ser alterados por la ley estatal. Así, cuando el Reglamento europeo establece que el tercero beneficiario puede probar la inmunidad, está haciendo una unificación de máximos. El tercero tiene derecho a excepcionar esa inmunidad, pero nadie más puede hacerlo. Y menos el juez de oficio, paradójicamente, en contra de los intereses de la colectividad de acreedores.

RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR Y TRIBUNALES
COMPETENTES PARA MODIFICAR UNA RESOLUCIÓN
JUDICIAL SOBRE DERECHO DE VISITA. APLICACIÓN
JURISPRUDENCIAL DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 9 DEL
REGLAMENTO (CE) 2201/2003

HABITUAL RESIDENCY OF THE MINOR AND COMPETENT
COURTS TO MODIFY A JUDICIAL RESOLUTION
ON THE RIGHT OF VISIT. JURISPRUDENTIAL APPLICATION
OF ARTICLES 8 AND 9 OF REGULATION (EC) 2201/2003

DIANA GLUHAIA

Profesora doctora

Universidad Internacional de la Rioja

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4646>

Resumen: En este Auto se cuestiona la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en materia de responsabilidad parental de una menor que cambió la residencia habitual a otro Estado miembro: Alemania. El artículo 9 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 es una excepción al criterio general de determinación de la competencia judicial internacional y sólo se activa cuando se cumplen todos los requisitos exigidos por esta norma. La Sala entendió que no se cumplían todas las condiciones, ya que no existía un pronunciamiento judicial previo respecto al derecho de visita que requiriese una modificación debido al traslado de la menor a otro Estado miembro, y que carece de sentido en este caso alterar una decisión judicial no existente.

Palabras clave: responsabilidad parental, competencia judicial internacional, residencia habitual del menor, competencia para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita.

Abstract: His Order questions the international judicial competence of the Spanish courts in matters of parental responsibility of a minor who changed habitual residence to another Member State: Germany. Article 9 of Regulation (EC) nº 2201/2003 is an exception to the general criterion of determination of international jurisdiction and is only activated when all the requirements demanded by this rule are met. The Chamber understood that all the conditions were not met, since there was no previous judicial ruling regarding the visiting right that required an amendment due to the transfer of the minor to another Member State, and that it makes no sense in this case to alter a decision non-existent judicial.

Keywords: parental responsibility, international jurisdiction, habitual residence of the minor, competence to modify a court ruling on visiting rights.

Sumario: I. Antecedentes de hecho del Auto 66/2018 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares. II. Fundamentos del fallo del Auto 66/2018 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares. III. Análisis de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) nº 2201/2003. IV. Conclusiones.

I. Antecedentes de hecho del Auto 66/2018 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares

1. Los hechos del supuesto vienen determinados por un recurso de apelación interpuesto por el padre de una hija menor, Don Camilo, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca dictado en fecha de 24 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva literalmente dice: *“Se declara la falta de competencia de este juzgado para el conocimiento del presente procedimiento en atención a lo expuesto, debiendo presentarse la demanda ante los tribunales alemanes, que son los del lugar de residencia del menor”*.

2. En este caso, la hija menor de los litigantes abandonó España camino de Alemania el 8 de marzo de 2017. Don Camilo planteó una demanda de medidas paterno filiales el 5 de junio de 2017, solicitando *“un convenio que regule las visitas de mi representado a la menor; así como especialmente la estancia de la misma con él en el periodo de vacaciones, en compensación por el tiempo que no la puede ver ya que la menor reside en Alemania y a mi representado le es imposible desplazarse a Alemania los fines de semana alternos (...)”*. El demandante basaba sus pretensiones en el artículo 9.1 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹. Para fundamentar sus pretensiones, Don Camilo aporta un certificado de empadronamiento de 11 de septiembre de 2017 de su hija menor.

II. Fundamentos del fallo del Auto 66/2018 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares

3. En este caso, se cuestiona la competencia judicial internacional de los tribunales españoles según el Reglamento (CE) nº 2201/2003 en materia de responsabilidad parental en caso de cambio de la residencia habitual de la menor a otro Estado miembro: Alemania.

4. El Juzgado de Primera Instancia puso en conocimiento de las partes, mediante una diligencia de ordenación de 8 de junio de 2017, la cuestión sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Entre la fecha de la presentación de la demanda y la diligencia de ordenación transcurrió un plazo de 3 días, por lo cual la Sala considera que no puede ser relevante la pretensión invocada por Don Camilo respecto a la tardanza del juzgado en resolver el asunto.

5. La juzgadora de primera instancia, en su resolución, desestimó la demanda de Don Camilo basándose en los artículos 8 y 9 del Reglamento, considerando que la hija menor residía en Alemania y por tratarse de la regulación de la guarda, custodia y alimentos que le afectaban directamente, el Juzgado español carecía de competencia judicial internacional para conocer del asunto, siendo competentes los órganos jurisdiccionales de Alemania.

6. La Sala de la Audiencia Provincial parte en su argumentación del Considerando 12 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 que dice lo siguiente: *“Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor; y en particular, en función del criterio de proximidad. Esto significa, por lo tanto, que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”*.

7. El interés del menor es un concepto que desde el punto de vista del derecho internacional privado comporta la adopción de soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas². En efecto,

¹ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, *DOUE*, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1 a 29.

² A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, pp. 915-967.

el “interés del menor” es un “concepto jurídico indeterminado” que escapa a una definición general y abstracta³, y que necesita ser concretado para cada situación específica de cada niño en concreto⁴.

8. La Sala de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares argumenta que las excepciones a la regla general prevista en el artículo 8.1 no se activan razonándose de la siguiente manera. Respecto a los artículos 10 (sustracción de menores) y 12 (prórroga de la competencia), señala que no son materialmente aplicables en este caso. En cuanto al artículo 9.1 del Reglamento (CE) n° 2201/2003, la Sala tampoco acepta su aplicación, ya que como se trata de una excepción al principio general establecido en el artículo 8.1, debe aplicarse de una forma rigurosa, sin posibilidad de hacer interpretaciones extensivas y ya que no se dan algunas de las condiciones necesarias para su aplicación.

9. El padre, en su demanda de medidas paterno filiales, solicita el establecimiento por primera vez de un régimen de visitas con su hija menor. Esto quiere decir que no existía una resolución judicial anterior sobre el derecho de visitas susceptible de ser modificada.

10. La Sala argumenta que la excepción prevista en el artículo 9.1 mantiene la competencia del Estado miembro en el que tuvo la residencia habitual la menor durante los tres meses siguientes al cambio de residencia de ésta y exclusivamente para el caso de alteración de una regulación judicial previa del derecho de visitas. Es decir, para la modificación de una resolución judicial sobre el Derecho de visita dictada en dicho Estado miembro y siempre que el titular de tal derecho, con arreglo a la resolución judicial sobre esta cuestión, continúe residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. La Sala de la Audiencia Provincial concluye que, en este supuesto, la competencia judicial internacional les corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que la menor tiene su residencia habitual actual.

III. Análisis de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) n° 2201/2003.

11. La sección 2ª del capítulo II del Reglamento (CE) n° 2201/2003 regula la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para conocer de las acciones relativas a la responsabilidad parental respecto de los menores y dentro de ella, la competencia para modificar las resoluciones que ya fueron dictadas por los órganos jurisdiccionales previamente.

12. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental se determina según el criterio principal y general previsto en el artículo 8.1, que es la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta la demanda. No obstante, esta norma no tiene un carácter absoluto, ya que establece excepciones en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental⁵. Pero con independencia de estos casos puntuales, la “residencia habitual del menor” es el foro principal a la hora de determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.

13. El Reglamento no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual”, por ello, es el Tribunal de Luxemburgo el que facilita varias precisiones sobre la interpretación de este concepto. No obstante, cabe mencionar que el Tribunal tampoco facilita una definición uniforme y global del concepto de residencia habitual que pudiera ser aplicado en todos los ámbitos del derecho europeo.

³ A.L CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Ed.: Comares, 17-ed., 2017, p. 534.

⁴ A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.51 n.151 México Jan./Apr. 2018,

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332018000100107&lng=en&nrm=iso&tlng=es#fn37

⁵ STJUE, de 15 de febrero de 2017, W y V, C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118, apartado 55.

14. El uso del adjetivo “habitual” solo indica cierta estabilidad o regularidad de la residencia⁶. El concepto de “residencia habitual” empleado en los artículos del Reglamento (CE) n° 2201/2003 no realiza ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros. Por ello, este concepto debe ser interpretado de una forma autónoma y uniforme. Para precisar dicho concepto, debe tenerse en cuenta el contexto en el que se inserta el (la interpretación sistemática) y el objetivo que persigue la normativa (interpretación teleológica)⁷. Habrá que tener en cuenta el Considerando 12 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del cual se desprende claramente el objetivo de este Reglamento, en donde las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular del criterio de proximidad.

15. El criterio de proximidad se corresponde con la residencia habitual del menor. De esta forma, el legislador europeo apreció que el órgano jurisdiccional que está geográficamente más próximo al menor es el competente para conocer del asunto. La proximidad geográfica del órgano jurisdiccional le convierte en el más idóneo para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés superior del menor.

16. Será el órgano jurisdiccional nacional el que va a determinar el lugar en el que el menor tiene su residencia habitual. Como ha precisado el TJUE en numerosas ocasiones, para determinar la residencia habitual de un menor, además de la presencia física de este en un Estado miembro, es preciso que existan otros factores que revelen que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional⁸.

17. Además, la presencia física en el Estado miembro en el que el menor esté supuestamente integrado es un requisito necesariamente previo a la apreciación de la estabilidad de dicha presencia y que, por tanto, la «residencia habitual», en el sentido del Reglamento (CE) n° 2201/2003, no puede fijarse en un Estado miembro en el que el menor nunca ha residido⁹.

18. Es menester mencionar el fallo de la STJUE¹⁰ respecto del concepto de “residencia habitual” empleado en el artículo 8.1, del Reglamento (CE) n° 2201/2003. En efecto, sostiene que debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tiene “*una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso*”. Podemos concluir que la residencia habitual del menor es el lugar que constituye el centro de los intereses del menor. Además, debe existir una cierta integración del menor en su entorno social y familiar y habrá que tener en cuenta el conjunto de las circunstancias ponderando las peculiaridades de cada caso en particular.

19. Respecto a la prueba presentada por Don Camilo, el certificado de empadronamiento de 11 de septiembre de 2017 de su hija menor no puede considerarse como prueba de su residencia habitual en España en los términos previstos por el TJUE. En este sentido, cabe destacar el Auto 30/2011 de la Audiencia Provincial de Valladolid, donde la Sala manifestó que en el certificado de empadronamiento presentado con la demanda no figuraba el empadronamiento de los menores en Valladolid, pero solo el

⁶ STJUE de 22 de diciembre de 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010: 829, apartado 44.

⁷ A.L CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Ed.: Comares, 17-ed., 2017, p. 545.

⁸ STJUE de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, apartado 38; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, apartado 49; STJUE de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, apartado 51; STJUE de 15 de febrero de 2017, W y V, C-499/15, EU:C:2017:118, apartado 60; STJUE de 8 de junio de 2017, OL, C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, apartado 43, y STJUE de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, EU:C:2018:513, apartado 41.

⁹ STJUE de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, EU:C:2018:513, apartado 53.

¹⁰ STJUE de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225.

del recurrente. No obstante, el obrante al folio 64 sí contenía el empadronamiento de los menores con fecha de 19 de abril de 2010 que era posterior en 4 días a la fecha de la presentación de la demanda. La Sala consideró que, al tiempo de presentación del asunto ante el Juzgado de Valladolid, éste ya carecía de competencia conforme al Reglamento (CE) nº 2201/2003. La Sala de la Audiencia Provincial de Valladolid declaró que el simple certificado o empadronamiento de los menores no puede considerarse como prueba de su residencia habitual en España en los términos en que el Tribunal de Justicia europeo ha construido dicho concepto, pues las pruebas aportadas demuestran que el arraigo e integración de los menores se encuentra en Francia donde han vivido normalmente, están escolarizados, son asistidos sanitariamente con regularidad desde su nacimiento, los progenitores tienen una propiedad en régimen compartido y donde incluso el recurrente sigue manteniendo y desarrollando su labor profesional¹¹. Por ello, la mera inscripción del menor en registros públicos o padrón de un lugar no supone de forma automática que el menor tenga su residencia habitual en dicho lugar, sino que la misma se corresponde con el centro social de vida del menor.

20. Además, en virtud del artículo 16 del Reglamento, únicamente se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional cuando se presente el escrito de demanda o documento equivalente ante dicho órgano.

21. El artículo 9.1 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 establece: *“Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor”*.

22. En efecto, en el caso de que se cambie de una forma lícita la residencia de la menor, los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual anterior podrán prolongar su competencia durante los tres meses siguientes para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita. En esta línea, hay que subrayar que esta última norma solo se aplica para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada por el Estado de la primera residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial a modificar continúa residiendo en ese Estado¹².

23. El artículo 9.2 establece que *“El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia”*.

24. El principio de la *“perpetuatio jurisdictionis”* está limitado al cumplimiento de varias condiciones¹³: *temporales*, con un plazo de 3 meses, *geográficas o espaciales*, exigiendo que el titular del derecho de visita debe seguir residiendo en dicho Estado y *subjetivos*, puesto que no se aplica en el caso de que el titular del derecho de visita acepte la competencia del Estado miembro de la nueva residencia habitual y no haya realizado la impugnación¹⁴. En este sentido, cabe señalar que el periodo de tres meses debe calcularse a partir de la fecha en la que el menor fuese trasladado desde el Estado de origen. Dicha

¹¹ AAP de Valladolid, Sección 1ª, Auto 30/2011 de 21 febrero de 2011, *Rec.* 484/2010.

¹² 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*, Nº 17, Primer trimestre de 2018, Editorial WoltersKluwer, *La Ley*, 1720/2018, p.1.

¹³ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2210/2003”, *La Ley* 16212/2008, p.3.

¹⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 710/2015 de 16 diciembre, 2015, *Rec.* 2015/2013.

fecha no debe confundirse con la fecha de la adquisición de la residencia habitual en el nuevo Estado miembro. Además, el artículo 9 se aplica sólo cuando el menor haya adquirido la residencia habitual en el nuevo Estado miembro en el periodo de tres meses. No hay que olvidar, además, que debe tratarse de un cambio lícito de residencia del menor de un Estado miembro a otro, en caso contrario entraría en juego el artículo 10 del Reglamento (CE) n° 2201/2003.

25. La otra condición que requiere el artículo 9 y que es objeto del presente Auto es la existencia de una resolución judicial previa sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro que requiere una modificación debido al traslado de la menor a otro Estado miembro. Si no existe una previa resolución judicial sobre el derecho de visita no entra en juego la excepción prevista en el artículo 9.1 y la competencia será determinada según lo previsto en el artículo 8¹⁵. Un aspecto muy relevante, en este sentido, es que el artículo 9 sólo regula la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales cuando se deba alterar una resolución judicial previa sobre el derecho de visita. No caben otros asuntos relacionados con la responsabilidad parental, por ejemplo, el derecho de custodia. En fin, podemos señalar que la jurisprudencia exige la acumulación de estos requisitos¹⁶.

26. Por ello, la pretensión del demandante fue rechazada ya que al examinar el artículo 9.1 del Reglamento (CE) 2210/2003, la Sala entendió que no se cumplían todas las condiciones exigidas por el mismo. Concurrían la condición temporal, puesto que no habían transcurrido tres meses desde el cambio de residencia y la interposición de la demanda, y también las condiciones geográficas y subjetivos, pero faltaba una condición relevante que era la existencia de un pronunciamiento judicial previo respecto al derecho de visita que requiriese de una modificación debido al traslado de la menor a otro Estado miembro. Además, la Sala manifestó que carece de sentido, en este caso, alterar una decisión judicial que no existe. Es decir, la excepción prevista en el artículo 9.1 entra en juego únicamente cuando existe una decisión previa respecto al derecho de visita emitida por el tribunal del Estado miembro de origen antes de que la menor cambie de residencia a Alemania y además, se cumplan los otros requisitos exigidos.

IV. Conclusiones

27. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental se determina según el criterio principal y general previsto en el artículo 8.1 que es la residencia habitual del menor en el momento en que se presenta la demanda. Las excepciones previstas al artículo 8.2 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 deben interpretarse de forma restrictiva y no extensiva.

28. El artículo 9 es una excepción al criterio general de determinación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y tiene como finalidad modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en un Estado miembro antes de que la menor hubiera cambiado de residencia. Dicha excepción se activa cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- i. La demanda debe interponerse en el plazo de los tres meses siguientes al cambio de residencia.
- ii. Existencia de una resolución judicial sobre el derecho de visita (no caben otras materias de responsabilidad parental) dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia.
- iii. Que se trate de un cambio legal de residencia del menor de un Estado miembro a otro.
- iv. El menor haya obtenido la residencia habitual en el nuevo Estado miembro en el plazo de tres meses.

¹⁵ Guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles II (Règlement du Conseil (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000), pp. 13 y 14, <http://jafbase.fr/docUE/GuidepratiqueBruxellesIIbis.pdf>

¹⁶ AAP de Madrid, Sección 22ª, Auto 177/2007 de 3 Julio 2007, *Rec.* 506/2007.

- v. El titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial previa debe seguir residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.
- vi. El titular no haya aceptado la competencia de los Tribunales de la nueva residencia del menor.

29. La excepción prevista en el artículo 9.1 que hace referencia al mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor se activa sólo si se cumplen los citados requisitos de una forma acumulativa, en caso contrario se aplica la regla general que determina la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor. Por tanto, la decisión estudiada es correcta ya que rechaza la pretensión del demandante al faltar una de las condiciones, como es la existencia de una resolución judicial previa al respecto.

NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS EN SUPUESTOS DE SEDE INDETERMINADA (A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TSJ DE MADRID DE 8 MAYO DE 2018)

APPOINTMENT OF ARBITRATORS IN CASES OF INDETERMINATE SEAT (DECISION OF THE HIGH COURT OF JUSTICE OF MADRID OF 8 MAY 2018)

MIGUEL GÓMEZ JENE

Catedrático de Derecho Internacional Privado

UNED

ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4647>

Resumen: Comentario al auto dictado por el TSJ de Madrid en virtud del cual declara su competencia judicial *territorial* para nombrar árbitro en un supuesto en el que la sede del arbitraje no estaba determinada y ninguna de las partes tenía residencia en España.

Palabras clave: arbitraje internacional, nombramiento de árbitro, sede indeterminada del arbitraje, residencia de las partes en el extranjero, *foro de necesidad*.

Abstract: Commentary on the resolution of the High Court of Madrid declaring its territorial jurisdiction to appoint an arbitrator in a case in which the seat of the arbitration was not determined and neither the parties had its residence in Spain.

Keywords: international arbitration, appointment of the arbitrator, indeterminate seat of the arbitration, residence of the parties abroad, *porum necessitatis*.

Sumario: I. Introducción. II. El supuesto de hecho. III. Competencia judicial internacional del TSJ de Madrid para nombrar árbitro. 1. Sumisión tácita. 2. Foro de necesidad. IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El *auto* objeto de comentario se caracteriza por resolver una cuestión de nombramiento de árbitro a la luz de unas circunstancias de internacionalidad muy particulares. Más allá de las cuestiones de *inmunidad* que plantea –que no son controvertidas–, resulta especialmente interesante el análisis del razonamiento empleado por el Tribunal para declararse competente.

2. El resultado al que el citado *auto* llega en este contexto es, a mi juicio, acertado: los tribunales españoles son competentes para conocer del nombramiento de árbitro en el marco de un arbitraje en el que las partes implicadas no tienen residencia habitual en España y cuya sede tampoco está localizada en España. No obstante ello, estimo que el razonamiento jurídico esgrimido por el TSJ –aplicación del artículo 8.1 LA– no es el más acertado. Por ello, tras una explicación del supuesto de hecho (II), dedicaré la parte sustancial de este breve comentario a desarrollar el marco jurídico que entiendo aplicable a este supuesto y, en consecuencia, abogar por la aplicación del *foro de necesidad* al mismo (III).

II. El supuesto de hecho

3. Los hechos que están el origen de este *auto* son particularmente interesantes y tienen su punto de partida en un *Contrato* celebrado en 1878. Previo al análisis del *Contrato* y con el fin de mejor entender las circunstancias del caso, conviene detenerse brevemente en el estudio del marco territorial y temporal en el que el mismo se firmó.

Los demandantes en el procedimiento de nombramiento de árbitro ante el TSJ de Madrid son los herederos del Sultán de J. Este Sultanato comprendía, entre otros, un amplio territorio en el noroeste de la isla de Borneo conocido como *Sabah*. Interesa señalar que el centro y el sur de Borneo pertenecen actualmente y forman parte de la República de Indonesia. Un pequeño territorio en el norte de Borneo constituye actualmente la República de Brunéi. Y el resto de Borneo pertenece y forma parte de Malasia. *Sabah* es hoy un Estado federal de los que constituyen Malasia.

Sabah perteneció a Brunéi hasta que en el año 1704 fue cedido al Sultanato de J. Posteriormente este Sultanato (y, por tanto, el *Sabah*) quedó sujeto a soberanía española, formando parte del Gobierno español de Mindanao sujeto, a su vez, a la Capitanía General de las Filipinas.

En este marco territorial se firmó en fecha 22 de enero de 1878 en la capital del Sultanato citado el denominado "*contrato de arriendo de Sandacan en Borneo*" (el *Contrato* al que más arriba hemos hecho referencia).

4. El *Contrato* fue suscrito por el Sultán de J., de una parte, y por el Cónsul de Austria en Hong-Kong, de otra. Este *Contrato* tenía –y tiene– por objeto el arriendo o cesión de un territorio situado en el *Sabah* (denominado *Sandakan*) por parte del Sultán a favor del "Jefe" y "Gerente", respectivamente, de la compañía *Dent & Overbeck*, de Hong-Kong, y de sus descendientes y sucesores, para que éstos pudieran, entre otras cosas, "*aprovechar sus minerales, productos forestales y animales*". A cambio el Sultán recibía, a modo de renta, "*cinco mil pesos [malayos] anuales*."

En 1903 se firmó una adenda al *Contrato* ("*Escritura de Confirmación: confirmación de la cesión de ciertas islas*") en cuya virtud se acordó la ampliación del territorio arrendado y se aumentó la cantidad a pagar. El *Contrato* y su adenda se han venido cumpliendo con normalidad hasta fechas recientes (2013) y contiene una cláusula que somete al arbitraje ("*el juicio*") de una persona (árbitro) determinada:

Si acaso en lo sucesivo hubiera controversia por nuestro contrato entre nuestros sucesores así como del Sr. Barón O. o de la Compañía en los extremos que abraza este contrato se someterá al juicio del Cónsul General de Borneo (Brunei).

5. Los derechos y obligaciones establecidos en el *Contrato* para la compañía *Dent & Overbeck* pasaron en 1881 a la compañía *North Borneo Trading Company*. A su vez, los derechos y obligaciones contractuales de *North Borneo Trading Company* pasaron en 1946 a la Colonia británica del Norte de Borneo (es decir, a la Corona británica). Y, finalmente, con la independencia de la Federación Malaya en 1963, Malasia sucedió en el *Contrato* a la Colonia británica, de modo que desde 1963 Malasia es parte en el *Contrato* y, en consecuencia, ha venido haciendo el pago de la renta a los herederos del Sultanato.

6. Como consecuencia del hallazgo de ciertas materias primas en el territorio de *Sabah*, tanto en 1989 como en 1999 el Sultanato se puso en contacto con el Gobierno de Malasia para renegociar el *Contrato*. Ambos intentos no tuvieron respuesta. En 1999 el Sultanato volvió a intentar un acuerdo con Malasia, que también resultó en vano. Durante los siguientes años se llevaron a cabo otros intentos de renegociar con Malasia el equilibrio del *Contrato* pero, como en ocasiones anteriores, fueron infructuosos.

En el año 2013, un miembro disidente de la familia real del Sultanato –no incluido entre los demandantes– se autoproclamó Sultán, circunstancia a partir de la cual Malasia ha dejado de cumplir con la obligación de pago anual que contempla el *Contrato*.

7. Por fin, ante la imposibilidad de encontrar una solución no contenciosa con Malasia y con el ánimo de poner en marcha el arbitraje contractual, los Demandantes se dirigieron al Ministerio de Asuntos Exteriores Británico solicitando información sobre la autoridad, agente o funcionario británico

actualmente correspondiente o equivalente al *Cónsul General del Reino Unido en Borneo* referido en el acuerdo de arbitraje establecido en el *Contrato*; información que el Ministerio de Asuntos Exteriores Británico ha rehusado facilitar. Así las cosas, el 2 de noviembre de 2017, los Demandantes promovieron el citato arbitraje, exponiendo a Malasia la razón de ser, objeto, pretensiones y remedios interesados, y solicitando su contribución a la puesta en marcha del arbitraje. Malasia no contestó a dicho requerimiento y, en consecuencia, en enero de 2018 se dirigieron a Malasia indicándoles que su falta de contestación solo podía entenderse como negativa a nombrar árbitro.

III. Competencia judicial internacional del TSJ de Madrid para nombrar árbitro

8. Tal y como recoge el auto, los demandantes demuestran que el supuesto de hecho reúne una serie de conexiones que lo vinculan particularmente con España. Así, (i) el contrato se firmó en –por aquel entonces– territorio español; (ii) al menos una de las partes tenía su domicilio o residencia habitual, así como su centro principal de actividad o negocio, en territorio español; (iii) el objeto del *Contrato* era un territorio situado en territorio español; (iv) las prestaciones características del *Contrato* habrían de ejecutarse (y de hecho se ejecutaron) en territorio español; (v) el derecho de posesión del territorio entregado quedó sujeta a ley española; (vi) el *Contrato* mismo quedó sujeto a ley española y, por tanto, sujeto *ex lege* a la jurisdicción de los tribunales españoles y a la Ley de Arbitraje (LA).

Se dan, sin embargo, dos circunstancias que complican la competencia internacional del TSJ para nombrar árbitro; a saber, que (i) ni la sede del arbitraje está establecida; (ii) ni ninguna de las partes tiene actualmente su domicilio o residencia habitual en España.

9. No obstante lo anterior, el TSJ de Madrid resuelve declarándose *prima facie* “territorialmente” competente para llevar a cabo un pronunciamiento sobre las pretensiones del actor y analizar si concurren o no en este caso los requisitos del artículo 15 LA, así como sobre las posibles cuestiones de inmunidad de jurisdicción que puedan surgir derivadas de las mismas. Esta conclusión se basa en la aplicación del artículo 8.1 LA al supuesto, a cuyo tenor:

1. *Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.*

10. Una primera lectura de este precepto invita a pensar que, efectivamente, la competencia judicial *internacional* del TSJ de Madrid dimana, sin necesidad de mayores miramientos, de este precepto. Sin embargo, puesto el mismo en relación con el artículo 1 LA –en concreto, 1.1 y 1.2– surge la duda en torno a su aplicación en supuestos en los que ni la sede del arbitraje esté localizada en España ni ninguna de las partes tenga su residencia en España. Y es que, los preceptos de la LA que pueden aplicarse aun cuando la sede del mismo se encuentre en el extranjero están expresamente tasados en el artículo 1.2 LA. Entre dichos preceptos no se encuentra, lamentablemente, el artículo 8.1:

1. *Esta Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.*

2. *Las normas contenidas en los apartados 3,4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta Ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España.*

11. A la luz de estas circunstancias, no es osado afirmar que el artículo 8.1 LA es, únicamente, una norma de competencia *territorial*; es decir, parece que solo es de aplicación cuando se da por sentado que el lugar del arbitraje será “España” (porque así lo indique, por ejemplo, el contrato) y, sin embargo, no está determinada la ciudad en concreto.

12. Así las cosas, caben dos vías para justificar la competencia judicial internacional de los TSJ en supuestos de este tipo. Por un lado, cabe integrar *de facto* el artículo 8.1 LA en la lista de preceptos incluidos en la letra del artículo 1.2 LA; por otro, cabe también superar la aplicación de la misma LA en estos supuestos para colmar la laguna legal que la exclusión del artículo 8.1 LA de la lista de preceptos citados en el artículo 1.2 LA supone: laguna en la medida en que por mandato del artículo 1.2 LA el precepto controvertido no puede aplicarse a supuestos de sede no localizada en España y, como consecuencia de esa prohibición de aplicación, no hay norma de la LA que regule el supuesto de hecho que está en el origen de este *auto*.

13. Pues bien, la segunda vía citada –*superación* de la misma aplicación de la LA– es tan posible como respetuosa con el tenor del artículo 1.2 LA. En concreto, tal vía pasa por aplicar a supuestos de este tipo las normas de competencia previstas en el régimen general de *competencia judicial internacional* de nuestro ordenamiento jurídico (artículos 22 y ss. LOPJ)¹. Se trata, sencillamente, de colmar las lagunas que se aprecian en la norma especial (LA) con las normas que prevé el marco normativo general (LOPJ). Y así, para los supuestos en los que la sede del arbitraje se fije en el extranjero o no esté determinada, los tribunales españoles podrían ser competentes para el nombramiento de árbitro: (i) cuando el domicilio del demandado esté en España; (ii) por sumisión expresa o tácita de las partes; o (iii) cuando pueda apreciarse el juego del *foro de necesidad* (art. 22 octies 3 *in fine* LOPJ)².

De hecho, tanto la *sumisión tácita* como el juego del *foro de necesidad* justificarían técnicamente la competencia judicial internacional del TSJ de Madrid en este supuesto. A analizar ambos criterios de competencia dedico las siguientes líneas.

1. Sumisión tácita

14. La ligereza con que el artículo 56.2 LEC regula la sumisión tácita (“*También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria*”) no debe ser extrapolable a un contexto internacional³. En este contexto considero especialmente importante para garantizar la tutela judicial efectiva del demandado que la sumisión tácita únicamente pueda considerarse cuando, cumulativamente, se den dos circunstancias: la *comparecencia* del demandado por un lado y la *contestación al fondo* de la cuestión (no la mera impugnación de la competencia), por otro. Se trata, básicamente, de aplicar los requisitos que el TJUE ha impuesto en su interpretación del actual artículo 26 del Reglamento Bruselas I *refundido*⁴.

15. En el supuesto de hecho no se dio ninguna de las dos circunstancias apuntadas –ni comparecencia, ni, por ende, contestación– por lo que el TSJ de Madrid no podía declararse *internacionalmente* competente en aplicación de este criterio.

2. Foro de necesidad

16. Sin embargo, estimo que en el supuesto controvertido sí se daban las circunstancias para que el TSJ se hubiese declarado competente en aplicación del *foro de necesidad* que de forma tan errática ha sido incluido en el tenor del artículo 22 octies 3 LOPJ⁵. En concreto, el citado precepto establece:

Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia.

¹ Téngase en cuenta, en este contexto, que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I *refundido* no son de aplicación, por estar el arbitraje excluido del ámbito de aplicación materia del mismo (art. 1).

² *Vid.*, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas, 2018, p. 156.

³ Ya en este sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, 2016, p. 113.

⁴ *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Civitas, 2017, p. 193-195; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, 2016, pp. 257-262.

⁵ Para una acertada crítica, *vid.*, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, 2016, pp. 342-345.

17. No es este el contexto en el que analizar críticamente la regulación que el legislador nacional ha hecho de un foro de competencia ya consagrado tanto en el Derecho europeo⁶ como en el Derecho comparado⁷. Es más, la regulación del foro de necesidad no solo se ha hecho con carácter general, también se ha hecho con carácter especial para el específico ámbito del arbitraje. Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico francés en materia de arbitraje prevé la competencia de los tribunales franceses para nombrar árbitros cuando las partes no hayan alcanzado un acuerdo sobre el lugar del mismo. De tal forma que, si no hay acuerdo entre las mismas ni sobre la sede del arbitraje ni sobre la forma de designar los árbitros, el artículo 1505.4 NCPC prevé un *foro de necesidad* a favor del presidente del Tribunal de *Grande Instance* de París (art. 1505.4 NCPC)⁸.

A los efectos de este comentario me limitaré a analizar someramente los requisitos que deben darse –y si realmente se dan en el supuesto de autos– para que el *foro de necesidad* pueda ser de aplicación.

18. Dice el TC en su jurisprudencia que "*desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia*"⁹. Asumiendo esta perspectiva, es claro que supone una carga excesiva y desproporcionada obligar al demandante a obtener la declaración judicial de falta de competencia de los Estados "*conectados con el supuesto*" para que éste pueda solicitar la aplicación de este foro de competencia¹⁰. Desde esta perspectiva, para activar el foro de necesidad no es necesario que el demandante demuestre que ha acometido un obligado *peregrinaje judicial*. Así lo ha reconocido expresamente, además, nuestra jurisprudencia¹¹.

De los datos que del Auto del TSJ objeto de comentario se desprenden, el actor llevo a cabo cierto *peregrinaje judicial*, pues se dirigió a la autoridad británica competente (*Foreing & Commonwealth Office*) para solicitar indicación sobre cuál deben entenderse que es la autoridad británica actualmente equivalente o correspondiente al Cónsul General en Borneo (árbitro –recordémoslo- designado en el contrato). Desde esta perspectiva, puede afirmarse, por tanto, que el demandante acometió todas las acciones que, razonablemente, estaban en su mano.

19. Al hilo de lo anterior, cabe afirmar, además, que en el supuesto de autos es constatable una *imposibilidad de hecho* de obtener la tutela judicial efectiva en otro Estado. En efecto, se trata de un supuesto en el que caben dudas de que el tribunal extranjero *prima facie* competente para pronunciarse sobre esta cuestión pudiera desarrollar su función con todas las garantías. No en vano, es el mismo Estado (Malasia) el que consta como demandado en este procedimiento y el que no ha participado voluntariamente en el mismo habiendo tenido oportunidad para hacerlo. Tampoco podrían ser competentes los tribunales de Filipinas, dadas sus particulares relaciones con Malasia en relación, precisamente, con la soberanía del territorio del *Sabah*. Y por fin, tal y como aparece acreditado en el tenor del *auto*, el *Foreing & Commonwealth Office* británico declinó cualquier intervención en el supuesto.

20. Y aunque en puridad no deba ser un requisito imprescindible para activar el *foro de necesidad* previsto en el artículo 22 octies ter LOPJ (el derecho fundamental a un proceso equitativo, no puede ser enervada por los Estados mediante condicionantes, requisitos o exigencias de conexión que desnaturalicen la razón de ser del foro de necesidad) es menester recordar que el supuesto descrito en el auto deja

⁶ Vid. por ejemplo, artículo 7 del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos y el artículo 11 del 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 sucesión mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁷ Vid. a título de ejemplo, artículo 2 de la Ley suiza de Derecho internacional privado.

⁸ Esta solución supone la plasmación legal de la jurisprudencia de la *Cour de cassation*, 1.2.2005, *Rev. Arb.*, 2005, pp. 693-695 (con nota de MUIR WATT).

⁹ STC 61/2000, de 13 de marzo.

¹⁰ Ya en este sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉRERZ, "*La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ*", en <http://almacendederecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj/>.

¹¹ Auto AP de Madrid, 26.4.2017, ECLI:ES:APM:2017:1500A: "*el hecho de que el mencionado Centro (CIADI) no tiene jurisdicción respecto a la controversia planteada (...) no exige ningún peregrinaje de la parte actora por el resto de los fueros prefijados a la espera de que alguna resuelva sobre el fondo del litigio*".

entrever relevantes conexiones con España (*supra* 8). Una circunstancia más, por tanto, a favor de la competencia judicial del TSJ de Madrid para conocer de este supuesto en aplicación del *foro de necesidad*.

21. En consecuencia, circunstancias constatables en el supuesto como: (i) los intentos del demandante de buscar tutela en jurisdicciones competentes –con el evidente *peregrinaje* que ha supuesto–; (ii) la imposibilidad de hecho de obtener una tutela con todas sus garantías en otras jurisdicciones afectadas; así como (iii) los incuestionables vínculos que el supuesto presenta con España, justifican, a mi juicio, la aplicación del *foro de necesidad* en este caso concreto para declarar la competencia judicial internacional del TSJ de Madrid para nombrar árbitro.

IV. A modo de conclusión

22. Si bien es cierto que el artículo 8.1 LA debería estar incluido en la lista de preceptos citados en el artículo 1.2 LA para, de este modo, asegurar su aplicación a supuestos como los que están en el origen de este *auto*; al no estarlo, caben dos posibles interpretaciones. La primera –que es la que asume el TSJ–, pasaría por ampliar el ámbito de aplicación territorial del artículo 8.1 LA a partir de una lectura aislada del mismo; sin ponerlo en relación –como *rectius* debe hacerse– con el artículo 1.2 LA. De tal modo que de tal interpretación pudieran declararse competentes los TSJ españoles para el nombramiento de árbitro. La segunda, mucho más respetuosa con la interpretación del artículo 8.1 LA a la luz del artículo 1.2 LA, pasaría por aplicar el sistema general de normas de *competencia judicial internacional* a este tipo de supuestos. Desde esta perspectiva, las normas previstas en la LOPJ (arts. 22 y ss) serían de aplicación y, en concreto, bien podría ser aplicable el artículo 22 octies 3 LOPJ, norma que regula el *foro de necesidad*.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES
Y ENFERMEDAD PSIQUIÁTRICA DEL PROGENITOR NO
SUSTRADOR. COMENTARIO DEL AUTO DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE LES ILLES BALEARS (SECCIÓN IV),
NÚM. 37/2018, DE 14 DE JUNIO

INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AND PSYCHIATRIC
ILLNESS OF THE NON-ABDUCTING PARENT. COMMENT ON
THE JUDGMENT OF THE SPANISH COURT OF APPEAL OF LES
ILLES BALEARS (SECTION IV) NUMBER 37/2018 OF 14th JUNE

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN*

*Investigadora FPU de Derecho internacional privado
Universitat de València*

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 22.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4648>

Resumen: Sustracción ilícita internacional a España de dos menores residentes en Reino Unido en aplicación del Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Discusión sobre si la enfermedad psiquiátrica de la madre constituye un riesgo de peligro físico o psíquico en caso de retorno de los menores, en los términos de la excepción al retorno del artículo 13 b del Convenio de La Haya de 1980.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, Reglamento Bruselas II bis, Convenio de La Haya de 1980, excepciones al retorno del menor, excepción del artículo 13 b.

Abstract: International child abduction to Spain of two minors residing in United Kingdom under the Brussels II Regulation and the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980. Discussion about if the psychiatric illness of the mother is considered as a risk of physical or psychological harm in case of return of the minors, in terms of the article 13 b return exception of the 1980 Hague Convention.

Keywords: international child abduction, Brussels II bis Regulation, 1980 Hague Convention, exceptions to the return of the minor, article 13 b exception.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Consideraciones jurídicas. 1. Cuestiones formales relativas a las normas procesales internas sobre sustracción internacional de menores. 2. La ilicitud del traslado de los menores, 3. El consentimiento de la madre como excepción al retorno. 4. La enfermedad psiquiátrica de la madre como excepción al retorno por grave riesgo de los menores. IV. Valoración final.

* Ayuda para la Formación del Personal Universitario, financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

I. Introducción

1. El 14 de marzo de 2018 la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección IV, estimó un recurso de apelación en un procedimiento sobre sustracción internacional de menores ordenando la restitución de dos menores de España a Reino Unido, país en el que tenían su residencia habitual con carácter previo al traslado ilícito.

2. En el presente comentario en primer lugar se expondrán los hechos (II), para a continuación abordar las consideraciones jurídicas de interés (III), las cuales son: 1. Cuestiones formales relativas a las normas procesales internas sobre sustracción internacional de menores, 2. La ilicitud del traslado de los menores, 3. El consentimiento de la madre como excepción al retorno, 4. La enfermedad psiquiátrica de la madre como excepción al retorno por grave riesgo de los menores, concluyendo con una valoración final (IV).

II. Hechos

3. Con carácter previo a la descripción de los hechos se debe advertir que el auto analizado no contiene una descripción fáctica detallada y ordenada, sino que entra a resolver directamente los problemas jurídicos planteados en el supuesto. Remitiéndose a lo largo del auto, cuando es necesario para la argumentación, a hechos concretos.

4. Teniendo esto en cuenta, los hechos pueden resumirse como sigue: el litigio enfrenta a dos progenitores, de los que se desconoce su nacionalidad, siendo la residencia habitual de la madre Reino Unido y la del padre desconocida, respecto a la sustracción por parte del padre de sus dos hijos de Reino Unido a España (Mallorca) el 2 de septiembre de 2017. Nos encontramos pues ante un supuesto típico de sustracción internacional de menores, en el que no se aclara si la custodia es compartida o exclusiva en favor de uno de los progenitores.

5. El elemento fáctico más singular que presenta el caso es la enfermedad psiquiátrica que padece la madre. De hecho, en la fecha en la que el padre traslada a los menores, la madre se encuentra hospitalizada¹. Otra información relevante es que durante el tiempo que transcurre hasta la finalización del procedimiento, los menores son escolarizados en Mallorca. Además, la madre acude a visitarles en dicho periodo, llegando a firmar incluso la solicitud de escolarización de los niños.

6. Finalmente, es de relevancia destacar que la madre presenta una demanda por el traslado ilícito de los menores cuando aún no ha transcurrido un año desde la fecha del traslado de éstos de Reino Unido a España.

7. El 15 de enero de 2018 el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca dictó auto por el cual desestimó la pretensión de retorno de dos menores a Reino Unido, con su madre. El conjunto de factores por los que el Juzgado deniega la restitución, citando a la Audiencia Provincial, son los siguientes: *“la enfermedad psiquiátrica de la madre que, aun estabilizada en el momento de dictar su resolución y dada la evolución de su dolencia, le lleva a temer que vuelva a intensificarse; el consen-*

¹ Del informe médico-forense de 11 de enero de 2018, citado en el auto, se extrae que el estado actual de la madre es el que sigue: que a la madre se le diagnosticó trastorno afectivo bipolar, seguido y tratado durante cuatro años. Tras diez años desde el diagnóstico y por causa del estrés durante los estudios universitarios, recayó en un nuevo ingreso y desde entonces aparentemente no ha cesado la medicación y el tratamiento. Actualmente, *“sigue un tratamiento pautado por su médico de cabecera, psiquiatra y por el servicio de atención psiquiátrica, viviendo actualmente sola y aunque no tiene familia, recibe la ayuda de un grupo de amigas y de una hermana de su ex marido, percibiendo de éste una pensión de 3000 euros, desenvolviéndose bien en casa y no siéndole necesaria ayuda exterior alguna, participando en voluntariados de cocina y ejercitando caminatas, meditación y tareas de restauración, encontrándose, según ella, en estado eutímico y optimista”*.

timiento de la madre para el traslado de sus hijos a Mallorca y su escolarización en el centro en el que se encuentran, así como la adaptación de los mismos a esa escuela y al propio entorno y el adecuado cuidado de los mismos que ejercen sus abuelos paternos con los que conviven; la ausencia de apoyo de la familia materna de la madre y la falta de adopción de medidas de protección de los menores por parte del Estado de origen en caso de restitución de los niños, considerando el juez de primera instancia que el retorno puede suponer a éstos peligros físicos o psíquicos”.

8. Disconformes con dicha decisión, tanto la madre de los menores, Doña Ofelia, como el Ministerio Fiscal interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Les Illes Balears contra el auto mencionado, a los que se opuso el padre de los menores, Don Moisés. Frente a estos recursos, la Audiencia Provincial de les Illes Balears estima el recurso de apelación de Doña Ofelia y del Ministerio Fiscal, acordando la restitución inmediata de los menores a su país de origen, calificando por tanto el traslado de los menores a Mallorca como ilícito, y no apreciando la concurrencia de ninguna causa de excepción al retorno.

III. Consideraciones jurídicas

9. Una vez descritos los hechos y habiendo hecho referencia a la resolución dictada en primera instancia, es turno de exponer las cuestiones jurídicas más relevantes del supuesto de hecho particular, que son las siguientes.

1. Cuestiones formales relativas a las normas procesales internas sobre sustracción internacional de menores

10. La primera de las cuestiones jurídicas que aborda la Audiencia Provincial se refiere a un defecto formal en la aplicación de las normas procesales internas españolas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción ilícita internacional. La legislación procesal española recoge un procedimiento específico en esta materia, fruto de una importante reforma llevada a cabo en 2015². Concretamente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción Voluntaria³ introdujo en la LEC del 2000, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, un procedimiento autónomo sobre la restitución de menores. Este procedimiento está regulado en los nuevos artículos 778 *quáter*, *quinquies* y *sexties* de la LEC, pertenecientes al nuevo Capítulo IV bis relativo a “*Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*”⁴.

² Esta reforma se enmarca en la reforma del sistema de protección del menor llevada a cabo por el legislador español en 2015. En este contexto, también destaca la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015) y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE de 29 de julio de 2015).

³ BOE de 3 de julio de 2015.

⁴ Sobre las reformas de la LEC en materia de sustracción internacional de menores véase: Circular 6/2015 de 7 de noviembre de 2015, de la FGE, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; S. ADROHER BIOSCA: “Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores”, en M. GUZMÁN ZAPATER, y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 333-350; S. CALAZA LÓPEZ: *Los procesos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, La Ley, Madrid, 2015; R. ESPINOSA CALABUIG: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro, vol. 68, n.º 2, 2016; J. FORCADA MIRANDA: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 699-743; 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*, n.º 3, 2016. Versión *on line* disponible en www.millenniumdipr.com, último acceso el 12 de enero de 2019; J. FORCADA MIRANDA: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepín, Madrid, 2015; C. MARÍN PEDREÑO: *Sustracción Internacional de Menores y proceso legal para la restitución del menor*, Editorial Ley57, Málaga, 2016.

11. En este marco, el Ministerio Fiscal detecta un defecto formal en la resolución recurrida, solicitando la nulidad de la misma por defecto de forma. Tal y como hemos mencionado, el Juzgado de Primera Instancia deniega el retorno de los menores mediante auto. Sin embargo, el Ministerio Fiscal argumenta que esta resolución es nula ya que debió tener forma de sentencia, de acuerdo con lo previsto en los artículos 778 *quater* y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Efectivamente, el artículo 778 *quinquies*, relativo al procedimiento, en su apartado noveno, recoge que el Juez dictará sentencia en estos procedimientos⁵.

12. La Audiencia Provincial rechaza esta alegación argumentando que, si bien es correcta la afirmación del Ministerio Fiscal desde un estricto punto de vista formal, la resolución recurrida está debidamente motivada. A lo anterior el Tribunal añade que tampoco se han visto afectados otros aspectos relevantes como la tramitación procesal, el sistema de recursos ni la eventual ejecución de la resolución dictada. Es más, la propia Audiencia Provincial resuelve mediante auto el recurso⁶.

13. En definitiva, la Audiencia Provincial convalida el defecto de forma planteado por el Ministerio Fiscal, dándole prioridad al fondo de la cuestión. Quizá, un posible argumento para justificar la opción de la Audiencia Provincial sería el propio interés superior de los menores en que el asunto se resuelva en el menor plazo posible. El carácter urgente y preferente de los procedimientos de sustracción internacional de menores se deriva tanto del Convenio de La Haya de 1980 como del Reglamento Bruselas II bis, y ha sido asimismo recogido por la normativa procesal española tras las reformas de 2015. Declarar la nulidad de la resolución, teniendo en cuenta que el defecto es meramente formal, hubiera ido en contra de este objetivo, retrasando innecesariamente el procedimiento, y alargando con ello la situación de inestabilidad e incertidumbre para los menores.

14. La Audiencia Provincial igualmente desestima una segunda cuestión formal relativa a una alegación por parte del Ministerio Fiscal de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento en la parte dispositiva del auto apelado sobre la ilicitud del traslado. Considerándolo una cuestión formal intrascendente, la Audiencia recuerda que la parte dispositiva del auto debe interpretarse junto con su fundamentación jurídica, y en ésta si se aborda en profundidad la cuestión de la ilicitud del traslado.

2. La ilicitud del traslado de los menores

15. Entrando en las cuestiones de fondo, la primera cuestión a analizar es la discusión en torno a la ilicitud del traslado de los menores de Reino Unido a España.

16. Para abordar esta cuestión, debemos comenzar recordando la normativa específica relativa a la sustracción internacional de menores aplicable al caso concreto. Al trasladarse a los menores de su residencia habitual en un Estado miembro de la UE (Reino Unido) a otro Estado miembro de la UE (España), es de aplicación el Reglamento n.º 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 parental⁷ (en adelante Reglamento Bruselas II bis). A su vez, este Reglamento remite expresamente el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro in-

⁵ Textualmente, el artículo 778 *quinquies* apartado noveno, señala que “*Celebrada la vista y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los tres días siguientes a su finalización, el Juez dictará **sentencia** en la que se pronunciará únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del menor a la persona, ... La **resolución** que acuerde la restitución del menor o su retorno establecerá detalladamente la forma y el plazo de ejecución, pudiendo adoptar las medidas necesarias para evitar un nuevo traslado o retención ilícito del menor tras la notificación de la **sentencia**”.*

⁶ Si bien es cierto que, para el recurso de apelación, el citado artículo 778 *quinquies*, en su apartado undécimo, utiliza el término genérico de resolución: “*Contra la **resolución** que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos... e) La **resolución** deberá ser dictada dentro de los tres días siguientes a la terminación de la vista...*”. Aun así, el apartado 13 del artículo 778 *quinquies* vuelve a hacer referencia al término de sentencia en lo relativo a la ejecución: “*En la ejecución de la **sentencia** en la que se acuerde la restitución del menor...*”.

⁷ DO L 338 de 23 de diciembre de 2003, cde DO L 82, de 22 de marzo de 2013.

ternacional de menores⁸ (en adelante Convenio de La Haya de 1980), pero a su vez introduciendo ciertas modificaciones procesales al procedimiento de retorno del menor recogido en el texto convencional⁹. Por tanto, en este supuesto de hecho se deben aplicar conjuntamente ambos instrumentos internacionales.

17. El punto de partida de todo procedimiento de sustracción internacional de menores es la existencia de un traslado o retención ilícita, pues es el presupuesto para que se active el mecanismo de retorno del menor. Es por esta razón que tanto el Convenio de La Haya de 1980 (artículo 3) como el Reglamento Bruselas II bis (artículo 2.11) recogen una definición, en términos muy similares, de la noción de traslado o retención ilícita. Así, se entiende que habrá traslado o retención ilícita cuando: a) Se haya 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. El derecho de custodia deberá resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. b) 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.

18. En el caso enjuiciado la Audiencia Provincial de Mallorca no tiene duda de que el traslado de los menores de Reino Unido a España ha sido ilícito, pues ha sido un acto unilateral del padre de los niños. Teniendo en cuenta, principalmente, que en virtud de la legislación de Reino Unido la facultad para decidir el lugar de la residencia habitual y el traslado de los menores corresponde conjuntamente a ambos progenitores. Por tanto, pese a que no se especifica como están establecidos los derechos de custodia y visita de los menores, es claro que para trasladar a los menores se requería el consentimiento, en este caso, materno.

19. Se intuye, por tanto, que el consentimiento del progenitor no sustractor es otro de los elementos clave para determinar la ilicitud del traslado. Efectivamente, en el caso en cuestión el padre sustractor alega que la madre ha consentido dicho traslado. Sin embargo, debido a la conexión del consentimiento de la madre con una de las excepciones al retorno esta cuestión es examinada íntegramente en el apartado siguiente.

3. El consentimiento de la madre como excepción al retorno.

20. Como se ha anticipado en el apartado anterior, en la discusión en torno a la licitud o ilicitud del traslado, la parte recurrida alega que la madre consintió el traslado de los menores de Reino Unido a España.

21. El Convenio de La Haya de 1980 se construye sobre el principio del interés superior del menor, identificado con el retorno inmediato a su lugar de residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención ilícito¹⁰. En palabras de la Audiencia Provincial, el Convenio tiene por objetivo

⁸ BOE n.º 202, de 24 de agosto de 1987, corr. errores BOE n.º 155, de 30 de junio de 1989, y BOE n.º 21, de 24 de enero de 1996.

⁹ La relación entre ambos instrumentos ha sido ampliamente tratada por la doctrina, entre otros: N. LOWE, M. EVERAL QC Y M. NICHOLLS: *The New Brussels II Regulation. A supplement to International Movement of Children*, Family Law, Bristol, 2005; U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI: *Brussels IIbis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012; K. TRIMMINGS: *Child Abduction within the European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013; I. REIG FABADO: "Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980", en P. LLÓRIA GARCÍA (dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, pp.219-242; M. GUZMÁN PECES: "Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 489-522; P. MCELEAVY: "The new Child Abduction Regime in the European Union: Symbolic Relationship or Forced Partnership?", *Journal of Private International Law*, vol. 1, April 2005, pp. 5-34; I. REIG FABADO: "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 1, marzo 2018, pp. 610-619.

¹⁰ De conformidad con la finalidad del retorno del menor en el menor plazo posible, el párrafo primero del artículo 12 prevé que, en caso de un traslado o retención ilícito, la autoridad competente del Estado contratante en el que se encuentra el menor

restablecer la situación tal y como se hallaba antes de producirse una acción ilícita que vulnera el derecho de custodia. Sin perjuicio de la prioridad hacia el retorno del menor, el texto convencional ofrece un cierto equilibrio entre el retorno y las situaciones concretas en las que el menor puede estar en riesgo –y ello justificar su no retorno–¹¹.

De este sistema se extrae claramente el carácter excepcional de las situaciones por las que se permite denegar el retorno de un menor tras un traslado ilícito. La Audiencia Provincial incide en este punto, insistiendo en que no es posible presumir la concurrencia de tales excepciones, sino al contrario, es necesario demostrar su concurrencia. Es más, una de las modificaciones procesales que introduce el Reglamento Bruselas II bis respecto al sistema diseñado en el Reglamento es la limitación de la excepción al retorno previstas en el texto convencional. Así, el artículo 11.4 del Reglamento establece que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar el retorno de un menor con base al artículo 13 b del texto convencional en caso de que se demuestre que se han adoptado las medidas de protección pertinentes en el Estado de residencia habitual del menor con carácter anterior al traslado o retención ilícito.

22. En este marco, una de las excepciones al retorno del menor es precisamente el consentimiento del progenitor no sustractor. Concretamente, el artículo 13 a) del Convenio establece que las autoridades nacionales deberán denegar el retorno en caso de que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor “*había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención*”. Del artículo 13 a) se extrae, por tanto, que el consentimiento del progenitor no sustractor se puede obtener en dos momentos temporales. Con carácter anterior al traslado o retención de los menores, de tal manera que ya no concurriría la nota esencial de la ilicitud del traslado. O bien posteriormente, una vez los menores han sido trasladados o retenidos ilícitamente, el progenitor no sustractor puede convalidar dicha situación dando su consentimiento *ex post*.

23. La parte apelada afirma que los días 23 y 24 de septiembre de 2017 la madre acudió a ver a sus hijos a Mallorca. Además, pudo comprobar que se encontraban escolarizados, siendo usuaria de la aplicación del centro escolar y habiendo mostrado su acuerdo en la matriculación de los menores al centro en cuestión. Frente a las alegaciones del padre sustractor, el Ministerio Fiscal y la parte recurrente entienden que ni la carta supuestamente manuscrita por la madre, ni sus hipotéticos deseos de ir a vivir a Mallorca con sus hijos suponen una autorización expresa de la madre para trasladar a los niños a Mallorca.

24. La Audiencia Provincial acoge esta última postura, confirmando que no se ha otorgado ningún consentimiento o autorización expresa por parte de la madre, ni con anterioridad al traslado ni posteriormente. De esta manera, del auto objeto de comentario se extrae que los elementos fácticos siguientes no son suficientes para constituir un consentimiento de la madre al traslado de los menores a Mallorca, y por tanto, para enervar la ilicitud del traslado de los menores: el hecho de que los menores visitaran con carácter habitual a sus abuelos paternos en Mallorca; que los progenitores se han visto envueltos en una crisis de pareja y no hay un acuerdo en relación al traslado de los menores; tampoco las visitas de la madre a casa de sus suegros en septiembre de 2017; ni siquiera las solicitudes de escolarización de los menores suscritas por la madre, puesto que la Audiencia añade que éstas son obligadas y que podrían estar motivadas en el deseo de la madre de que los niños no perdieran el curso escolar o en arreglar la situación del matrimonio; tampoco son trascendentes el deseo de la madre de mudarse a Mallorca, o los contenidos de *whats app* – que no se reproducen en el auto analizado –. Todo ello se refuerza precisamente con la denuncia presentada por la madre del traslado de los menores a Mallorca, aspecto también remarcado en la S.A.P de Alicante (Sección Sexta) nº 208/2017, de 11 de julio y nº 195/2016, de 26 de julio.

25. En definitiva, el auto de la Audiencia Provincial, al contrario que el Juzgado de Primera Instancia, resuelve acertadamente al no inferir el consentimiento de la madre al traslado de los menores de los elementos fácticos enumerados. En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las

deberá ordenar su restitución inmediata, siempre que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo tal traslado o retención ilícita.

¹¹ Las causas de denegación de retorno están previstas en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980.

Palmas de Gran Canaria, sección 3ª, de 21 de junio de 2017, concluye que la situación pasiva de tolerancia, motivada por la buena relación entre la madre del menor con su expareja y con la madre de éste, no debe entenderse como una renuncia automática al derecho de guarda¹². Por el contrario, el consentimiento debe ser inequívocamente manifestado y ser probado en el procedimiento por quien lo alega.

4. La enfermedad psiquiátrica de la madre como excepción al retorno por grave riesgo de los menores

26. Quizá el aspecto que más interés suscita de la resolución analizada es la alegación de la enfermedad psiquiátrica de la madre como motivo de excepción del retorno de los menores a Reino Unido.

27. Concretamente, el artículo 13 b del Convenio de La Haya de 1980 permite excepcionar el retorno del menor en caso de que la restitución suponga para el menor un grave riesgo, exponiéndole a un peligro físico o psíquico, o le ponga de cualquier otra manera en una situación intolerable. De este precepto se deduce que en el asunto en cuestión debería probarse la existencia de un grave riesgo para los menores en caso de que se ordene el retorno de los mismos, debido a la enfermedad psiquiátrica de la madre.

Es evidente que dentro de esta previsión genérica tienen cabida múltiples situaciones concretas, en las que las autoridades nacionales son las encargadas de interpretar caso por caso la concurrencia o no de una situación de peligro en caso de retorno de los menores. Precisamente por este motivo, en la práctica, esta excepción suele ser habitualmente empleada por las autoridades nacionales para excepcionar el retorno. Tan habitual ha sido la aplicación de la excepción del artículo 13 b del Convenio que se ha llegado a hablar de un abuso de su utilización en la práctica¹³.

28. Confirmando la tendencia en la práctica a ampararse en esta excepción, la resolución de primera instancia entiende que debe aplicarse la excepción del artículo 13 b del Convenio de La Haya de 1980. En este sentido, acoge la tesis del padre de los menores, quien incide en los numerosos ingresos psiquiátricos que ha padecido la madre, llegando a afirmar que la madre no puede hacerse cargo de los menores debido a su enfermedad mental, puesto que colocaría a los menores en un grave riesgo. Por el contrario, tanto el Ministerio Fiscal como la madre entienden que la prueba practicada en vista desvela que la madre, pese a padecer una enfermedad psíquica, se encuentra debidamente medicada y en modo alguno cabe afirmar que dicha enfermedad se encuentra fuera de control.

29. Frente a estas posturas, la Audiencia Provincial entiende que el traslado de los menores no puede justificarse en la hospitalización de la madre en aquel momento, pues no queda acreditado que dicha hospitalización respondiera a un agravamiento de la enfermedad, ni a la realización por la madre de hechos o por haber protagonizado comportamientos más graves y preocupantes que en otras ocasiones. Por tanto, la Audiencia no encuentra una razón concreta para explicar porqué el padre realiza el traslado de los menores en esa fecha y no en cualquier momento anterior, en que ya conocía la enfermedad. Y en este sentido, no consta que el ingreso de la madre respondiera a conductas más graves que hayan colocado a los niños en una situación de peligro físico o psíquico.

¹² Véase JJ. CASTELLÓ PASTOR: "Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 1, marzo 2018, pp. 561-567.

¹³ Los problemas de aplicación práctica de la excepción de retorno del artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 1980 han sido puestos de relieve por numerosa doctrina. En este sentido, véase M. GUZMÁN PECES: «Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicable a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, p. 503; 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 I)», *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, p. 32. Versión *on line* disponible en www.millenniumdipr.com, **último acceso el 12 de enero de 2019**. Sin embargo, esta afirmación no es unánime en la doctrina, ya que hay autores que afirman que el problema no es tanto el propio artículo 13 b) sino la deficiente efectividad de las medidas de protección, en esta línea K. TRIMMINGS: *Child Abduction within the European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2013.

30. Para evaluar el estado de la madre en relación con la mencionada enfermedad psiquiátrica que padece, la Audiencia Provincial basa su argumentación, en el informe médico-forense de 11 de enero de 2018, sobre valoración de la afectación psico-física de la madre y su repercusión en los elementos integrantes de capacidad, así como su estado mental actual, deteniéndose considerablemente en la descripción de los elementos fácticos contenidos en el mismo. La valoración global del médico forense es que la madre posee buen estado físico y buen ánimo, sin impresionar patología psicofísica de ninguna clase¹⁴. A la vista de ello, la Audiencia Provincial concluye que, ni el informe mencionado ni los demás dictámenes médicos incorporados a la causa, permiten afirmar que la permanencia de los menores con la madre hubiese causado en ellos un perjuicio o daño físico o psíquico o les pudiera colocar en una situación de grave riesgo. Por extensión, tampoco hay elementos de prueba suficientes para predecir que, en caso de que los menores vuelvan con ella, futuras recaídas de ésta puedan colocarles en una situación de peligro.

31. Ahora bien, como bien argumenta la Audiencia Provincial, ésta debe limitarse a conocer sobre la ilicitud del traslado de los menores y sobre el retorno o no de los mismos, comprobando la concurrencia o no de elementos fácticos que permitan aplicar una de las excepciones al retorno contenidas en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio. Efectivamente, la propia lógica del Convenio impide a la autoridad nacional conocer sobre el fondo de la cuestión, esto es, sobre los derechos de custodia y visita, puesto que dicha cuestión deberá resolverse en el Estado de residencia habitual de los menores con carácter previo al traslado o retención ilícito¹⁵. Por su parte, el 10 del Reglamento Bruselas II bis contempla una norma específica para los supuestos de sustracción internacional de menores, con el objetivo de conservar la competencia para conocer sobre el fondo de la cuestión en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor con carácter previo al traslado o retención ilícito, en este caso Reino Unido. Con ello, el artículo 10 refuerza la competencia general del artículo 8 para supuestos de responsabilidad parental – Juez de residencia habitual del menor –, impidiendo que se desvirtúe la competencia judicial internacional en la materia (fondo del asunto) a través de un traslado o retención ilícito.

32. Por ello, una vez restaurada la acción ilícita y retornado los menores a Reino Unido, nada impide al progenitor iniciar las acciones correspondientes para atribuir la custodia de los menores al progenitor que resulte más conveniente. Teniendo en cuenta que se presume que serán los órganos jurisdiccionales de Estado miembro de residencia habitual del menor los que poseerán mejores elementos de juicio para valorar la mayor o menor conveniencia de que los menores estén con uno u otro progenitor. Por tanto, una vez evaluado y descartado que el retorno de los menores a Reino Unido constituya un riesgo de peligro físico o psíquico de los menores, los órganos jurisdiccionales de Reino Unido serán los que deban valorar si la madre es capaz o no de cuidar a los menores debido a su enfermedad psiquiátrica.

IV. Valoración final

33. El auto analizado desvela un supuesto clásico de sustracción internacional de menores, en el que la Audiencia Provincial interpreta y aplica correctamente la normativa en la materia, con especial referencia al Convenio de La Haya de 1980. Concretamente, es muy acertada su argumentación acerca de la ilicitud del traslado; así como del carácter excepcional de las excepciones al retorno y la necesidad

¹⁴ Textualmente, en el auto se recoge que “Además, se afirma que la recurrente *“es consciente de su enfermedad y de su situación vital, prestando cuidado suficiente a su estado de salud y que cumple con las prescripciones médicas necesarias para su bienestar; reconociendo que los estresores, que trata de evitar, le pueden provocar virajes y mostrando conocimiento de las consecuencias de sus decisiones, no realizando proyectos ilógicos a corto o a largo plazo y sin que aparezcan tampoco ideas extrañas sobre qué hacer en un futuro con alguna nueva relación o con sus hijos, de manera que su capacidad psicofísica actual para garantizar el bienestar socio-personal se encuentra indemne, no precisando de asistencia y complemento de su capacidad psicofísica para la supervisión de sus labores”*.”

¹⁵ El artículo 16 del Convenio contiene una norma de competencia judicial internacional negativa por la cual, los Tribunales del Estado miembro al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, no podrán decidir sobre el fondo de los derechos de custodia (a no ser que se decida el no retorno del menor en virtud del Convenio o haya transcurrido un tiempo razonable).

de interpretarlas restrictivamente y demostrando todos sus extremos para aplicarlas. Asimismo, la Audiencia es plenamente consciente de que debe limitarse a conocer sobre el retorno o no de los menores, sin entrar en el fondo del asunto, cuestión cuya competencia la tienen atribuida los órganos jurisdiccionales de Reino Unido. En este sentido, cabe acoger positivamente el cambio de criterio –retorno de los menores a Reino Unido– frente a la resolución de primera instancia.

34. Sin embargo, hay dos puntos en los que la Audiencia podría haber incidido en mayor profundidad. En primer lugar, tal y como alega el Ministerio Fiscal, concurre un defecto formal en la resolución de primera instancia, ya que según el artículo 778 *quinquies*, apartado 9, el Juez dictará sentencia ordenando o no la restitución de los menores al lugar de su residencia habitual. En segundo lugar, la Audiencia Provincial no hace prácticamente mención al Reglamento Bruselas II bis, a pesar de haberse producido la sustracción de los menores entre dos Estados miembros de la UE. En este sentido, a pesar de que es sabido que el propio Reglamento remite al Convenio de La Haya de 1980, con las modificaciones que establece el Reglamento, la Audiencia podría haber hecho referencia expresa al Reglamento, mientras que solo lo hace tangencialmente al mencionar el auto de primera instancia.

UNA INCORRECTA ARTICULACIÓN DE LAS FUENTES
NORMATIVAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL
EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: SENTENCIA
DE LA AP DE A CORUÑA (SECCIÓN 4ª) NÚM. 119/2018,
DE 4 DE ABRIL

AN IMPROPER ENUMERATION OF INTERNATIONAL
JURISDICTION SOURCES ON PARENTAL RESPONSIBILITY
MATTERS: THE JUDGMENT OF THE SPANISH COURT
OF APPEAL OF A CORUÑA (SECTION 4) NUMBER 119/2018,
OF 4TH APRIL

SAIOA GOYENECHÉ ECHEVERRÍA

*Doctoranda becaria en régimen de cotutela
UPV/EHU, Université de Pau et des Pays de l'Adour.*

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 22.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4649>

Resumen: Desde la incorporación en el ordenamiento jurídico español de normas convencionales y de la Unión Europea, la configuración del sistema de competencia judicial internacional aplicable por los jueces y tribunales españoles en materia de responsabilidad parental incluye tres bloques normativos potencialmente aplicables: la legislación europea, representada por el Reglamento “Bruselas II bis”; el sistema convencional, representado por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996; y la legislación interna o autónoma española, representada por la LOPJ. Como se muestra en este comentario jurisprudencial, la complejidad del sistema plantea el desafío del correcto manejo de las fuentes.

Palabras clave: responsabilidad parental, reglamento “Bruselas II bis”, convenio de La Haya de 1996. Ley Orgánica del Poder Judicial, normas de competencia judicial internacional.

Abstract: Since conventional and EU rules have been integrated into the Spanish legal system, the configuration of international jurisdiction system on parental responsibility be applied by Spanish judges and courts of law rests on three normative blocks: European regulation, represented by “Brussels II bis” Regulation; conventional system, represented by the 1996 Hague Convention; and internal laws, represented by the Organic Law of Judicial Power. This comment shows us that the system’s complexity raises the challenge of a correct handling of sources.

Keywords: parental responsibility. “Brussels II bis” Regulation. The 1996 Hague Convention. The Organic Law of Judicial Power, rules on international jurisdiction.

Sumario: I. Introducción. II. Descripción fáctica del litigio III. Consideraciones jurídicas. III.1 La invocación jurídica esgrimida en la sentencia para excluir la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. III.2 La cita de normativa interna como vía de remisión a la norma convencional aplicable al supuesto litigioso planteado. VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña el 4 de abril de 2018¹ resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de A Coruña, dictada con fecha de 8 de junio de 2017, en un asunto controvertido sobre competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental vinculado con dos países, España y Suiza. Nos limitaremos a proporcionar un breve análisis fáctico del litigio (II), para poder adentrarnos en los argumentos jurídicos empleados en la resolución objeto de comentario (III).

II. Descripción fáctica del litigio

2. En el caso enjuiciado, el litigio enfrenta a dos progenitores en torno a la fijación del régimen de visitas definitivo en relación al padre.

3. Los cónyuges contrajeron matrimonio el 4 de agosto de 2001. El 18 diciembre de 2006 se dictó la sentencia de divorcio del matrimonio, fruto del que nacieron dos hijos, actualmente menores (16 y 13 años de edad) y cuya tutela fue asumida por la Xunta de Galicia. Con fecha de 31 de octubre de 2013, la Xunta de Galicia emitió una resolución administrativa en la que se acordó continuar con la medida de tutela y el procedimiento de acogimiento residencial de los menores.

4. Mediante sentencia de 19 de marzo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, se acordó revocar dicha resolución administrativa y atribuir la guardia y custodia de los hijos menores a la madre, incorporando la autorización para poder trasladarlos a Suiza, así como la fijación de un régimen provisional de visitas a favor del padre.

5. El primer hecho relevante tuvo lugar cuando la madre de los menores, haciendo efectiva la autorización judicial, decidió trasladarse a Suiza con sus hijos, quedando el padre en España, país de la anterior residencia habitual de los hijos.

6. Producida dicha circunstancia, el progenitor no custodio instó una modificación de medidas ante el Juzgado de Primera Instancia nº3 de A Coruña. En sentencia de 8 de junio de 2017, el juez fijó el régimen de visitas determinando que las vacaciones escolares transcurrirían alternativamente con cada uno de los progenitores y estableciendo el abono de los gastos de desplazamiento por mitad. Disconforme con dicho fallo, la parte demandada (la madre, residente en Suiza junto a sus hijos) interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña formulando la excepción procesal de declinatoria internacional, por la cual se esgrimía procesalmente la falta de competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda interpuesta ante ellos.

7. A partir de este momento, la cuestión jurídica central de la sentencia objeto del presente comentario radica en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles respecto a dos menores que tienen fijada su residencia habitual en un tercer Estado (Suiza).

8. En sentencia de fecha 4 de abril de 2018, la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña estimó dicho recurso de apelación interpuesto por la esposa alegando la falta de competencia de los tribunales españoles. A pesar de que la solución adoptada ha de ser valorada como correcta, la argumentación de la Sentencia objeto de la presente Nota merece una lectura o valoración crítica en relación a la argumentación expuesta en la misma para estimar la declinatoria interpuesta por la parte apelante.

¹ Sentencia de la AP de A Coruña nº119/2018, de 4 de abril de 2018.ECLI:ES: APC:2018:600

III. Consideraciones jurídicas

9. En la argumentación jurídica contenida en la resolución objeto del presente comentario cabe apreciar, en primer lugar, una correcta o acertada selección, dentro de los tres posibles bloques normativos en presencia (legislación europea, sistema convencional y la legislación interna o autónoma española) de la normativa aplicable al litigio, al optar el tribunal por seleccionar como aplicable la norma convencional, representada en este caso por 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.²

La selección de tal norma como aplicable para resolver la cuestión competencial planteada es correcta, pero desde la óptica del DIpr. deben ser puestos de manifiesto ciertos matices críticos al contenido del Fundamento Jurídico tercero de la resolución objeto de esta Nota:

1. La invocación jurídica esgrimida en la sentencia para excluir la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

10. Antes de resolver la cuestión relativa a la competencia judicial internacional es preciso atender al objeto de la litis planteada. En el presente caso, se trata de una cuestión relativa a la responsabilidad parental, concretamente relacionada con la fijación del régimen de visitas del progenitor no custodio.

11. La primera fuente a la que el operador jurídico español debe acudir para identificar y seleccionar, en su caso, las normas de competencia judicial internacional vigentes en España en materia de responsabilidad parental es el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, conocido como Reglamento “Bruselas II bis”³, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, siendo España parte contratante.

Por tanto, para identificar y seleccionar la norma jurídica que contenga el foro o criterio competencial sobre la base al cual el tribunal pueda declararse internacionalmente competente respecto de las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental⁴, el juez español ha de atender en primer lugar y con preferencia a lo dispuesto en el Reglamento “Bruselas II bis”⁵.

12. El artículo 8 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 dispone que: « Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto

² El Convenio fue ratificado por España el 6 de septiembre de 2010, y entró en vigor el 1 de enero de 2011 (BOE nº291, de 2 de diciembre 2010). Sustituye, en las relaciones entre los Estados contratantes, al precedente *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores*, que a su vez, había remplazado al *Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre tutela de los menores*.

³ DO L 338 de 23 diciembre 2003. Modificado por el Reglamento (CE) 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, en lo relativo a los tratados con la Santa Sede (DO L367, de 14 de diciembre de 2004).

⁴ Tal y como lo establece el artículo 1.1 apartado b, el Reglamento se aplica a las cuestiones relativas “a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.” El artículo 2, apartado 7, del Reglamento nº2201/2003 establece que el término “responsabilidad parental” comprende « 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 concepto incluye: a) el derecho de custodia y derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; así como e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. (Art.1.2).

⁵ Vid. Sobre el orden aplicativo de los diversos instrumentos legales que regulan la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol.II, Granada, Comares, 16ª edición, 2016, pp.484-485.

ante el órgano jurisdiccional».⁶ La competencia para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental corresponde por tanto a las autoridades del Estado miembro⁷ donde el menor tenga su residencia habitual en el momento en que se ejercita la correspondiente acción.

13. En la sentencia objeto de la presente Nota, la Audiencia Provincial de A Coruña descarta acertadamente la aplicación del Reglamento “Bruselas II bis”. Sin embargo, el fundamento jurídico que emplea para ello, argumentando literalmente que no resulta de aplicación dicho Reglamento europeo porque “Suiza no forma parte de la Unión Europea”, no resulta en su literalidad jurídica admisible.

14. Ciertamente, el Reglamento “Bruselas II bis”, al igual que todos los demás Reglamentos en materia competencial judicial internacional, atribuye la competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros.⁸ No cabe fundamentar en un Reglamento europeo la competencia judicial internacional de un tribunal perteneciente a un Estado no miembro de la UE. Por tanto, resulta inviable fundamentar la competencia de los tribunales de un tercer Estado como Suiza sobre la base jurídica de los Reglamentos europeos, pero el hecho de que Suiza no forme parte de la UE no es en sí o por sí mismo argumento para negar la aplicabilidad inicial del Reglamento “Bruselas II bis” al litigio planteado. La razón de tal inaplicación se fundamenta en el lugar, en el Estado donde radica la residencia habitual de los menores. El Juez español acude inicialmente al Reglamento, aunque finalmente tenga que descartar su aplicación debido a la ausencia de residencia habitual de los menores en un Estado miembro.

2. La cita de normativa interna como vía de remisión a la norma convencional aplicable al supuesto litigioso planteado.

15. Como ha sido indicado, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia al amparo de la existencia de un foro de competencia judicial en 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 niños⁹, norma que la sentencia declara como aplicable “toda vez que Suiza no forma parte de la Unión Europea”¹⁰. En realidad, la sentencia expone implícitamente el carácter subsidiario de la norma convencional respecto al Reglamento europeo¹¹: solo en defecto del mismo o cuando, como es el caso, el Reglamento no resulta de aplicación podrá acudir a la norma convencional, en este caso recogida en el Convenio de la Haya de 1996.¹² Sin embargo, cabe lamentar que la Audiencia Provincial no haya fundamentado la aplicación del Convenio con una referencia a la cláusula residual del artículo 14 del Reglamento “Bruselas II bis”, para justificar la remisión a los preceptos internos que establecen la aplicación preferente de dicho instrumento. El Reglamento prevé efectivamente un criterio de «competencia residual» para los casos en que la competencia judicial internacional no pueda concretarse conforme a los foros de competencia previstos en materia de responsabilidad parental en los arts.8 a 13; en virtud de dicho precepto, en tales casos, la competencia se determinará de acuerdo con las normas de competencia judicial internacional de cada Estado miembro, contempladas en sus normas de DIpr. internas y los convenios internacionales vigentes en dicho Estado miembro.

⁶ El instrumento europeo obedece al interés superior del menor y al principio de proximidad (Considerando 12 de la exposición de motivos). *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.Cit.*,pp.491-493.

⁷ En el término “Estado miembro” se incluyen a todos los Estados de la UE, excepto a Dinamarca (art. 2.3 y considerando 31 de la exposición de motivos).

⁸ *Vid.* en este sentido, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2004,pp.16-17

⁹ *Vid.* Respecto al concepto jurídico de «responsabilidad parental» y al ámbito material, nos remitimos al informe explicativo LAGARDE, nº 14(p. LAGARDE, «Rapport explicatif de la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l’exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants»).

¹⁰ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op.Cit.*,p.485

¹¹ El art. 61. a)del Reglamento 2201/2003 establece que dicho instrumento prevalece sobre el Convenio de La Haya de 19 de octubre 1996 en las relaciones entre Estados de la UE en materia de competencia judicial “cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro».

¹² *Vid.* F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, p. 285.

16. El artículo 5 del Convenio prevé como criterio competencial el siguiente: « 1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual ».¹³

17. Esta fundamentación es correcta, pues se trata, en materia de responsabilidad parental, de determinar la competencia judicial internacional del tribunal del Estado contratante de la residencia habitual del menor.¹⁴ Hallándose la residencia habitual de los menores¹⁵ en Suiza, Estado parte del Convenio, los tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para entrar a conocer del litigio planteado¹⁶.

18. Tras citar tal precepto convencional la Audiencia Provincial de A Coruña cita diversos preceptos normativos internos españoles para fundamentar así la opción normativa convencional seleccionada: esgrime por un lado el artículo 36 de la LEC que remite, en esta materia, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, y que establece en su segundo apartado que los tribunales civiles españoles no deberán conocer de un asunto « 2º. Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado ».

Señala así, en segundo lugar, la sentencia, que un tribunal español no debe por lo tanto conocer de un asunto si carece de competencia judicial para ello conforme a lo establecido en un tratado o un convenio internacional en el que España sea parte, debiendo apreciarse de oficio la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles conforme a lo establecido en el artículo 38 de LEC.¹⁷

Y por último y en tercer lugar la Audiencia Provincial hace referencia a la norma genérica del artículo 21 de la LOPJ, que establece de forma expresa la jerarquía normativa proyectable sobre cuestiones de competencia judicial internacional que afecten a los tribunales españoles, previendo que la LOPJ es aplicable de forma subsidiaria, en defecto de lo previsto en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

19. El planteamiento técnico expositivo mantenido en la sentencia hubiera sido más correcto si tales preceptos internos, que dan plena cobertura por vía de remisión a la aplicabilidad de la norma convencional utilizada por el tribunal, se hubiera realizado en el orden opuesto al expuesto en la resolución ahora comentada¹⁸; es decir, lo correcto es invocar la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 previa cita de los preceptos internos de nuestro ordenamiento español que remiten a la aplicación preferente de la norma convencional y no a la inversa.

¹³ El criterio general en relación con la determinación de la competencia judicial internacional es el de la residencia habitual del niño en un Estado contratante (arts. 5, 7, 10).

¹⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº47/2018, de 31 de enero de 2018, ECLI:ES:APB:2018:217

¹⁵ El convenio solo se aplica a los sujetos menores de 18 años de edad (art.2).

¹⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. Cit.*, p.485.

¹⁷ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)» en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2006 p.17

¹⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº400/2018, de 31 de mayo de 2018. ECLI:ES:APB:2018:5395.

“Fundamento de Derecho Tercero: (...) El art. 21 LOPJ establece que los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas y hay que analizar, por ello, las normas de Derecho Comunitario. Para determinar la competencia de los Tribunales para conocer de las medidas relativas a la responsabilidad parental debemos acudir a las normas de competencia del Reglamento 2201/2003. En la demanda se alega que la madre y los hijos residen en la India (...). Los Tribunales Españoles no son competentes según el art. 8 del Reglamento ya que los menores no tienen su residencia habitual en España. Tampoco lo son en base al art. 12 por cuanto la demandada ha sido emplazada por edictos y no hay aceptación de la competencia. De la aplicación de dichos preceptos no se deriva la competencia de ningún otro Estado de la Unión Europea lo que conduce a aplicar la cláusula residual del art. 14 del Reglamento que se remite para determinar la competencia a las normas internas de cada Estado.»

IV. Consideraciones finales

20. En cualquier caso, aunque la solución de fondo dada por la Audiencia Provincial con respecto a la declinatoria interpuesta por la esposa sea acertada, el enfoque adoptado deja entrever algunos errores de técnica jurídica.

21. En definitiva, la sentencia aplica correctamente el Convenio de la Haya de 1996, pero la argumentación esgrimida para fundamentar la aplicación de tal norma convencional es mejorable y deseable para plasmar argumentalmente la coherencia o lógica interna del sistema de competencia judicial internacional, aplicable por los jueces y tribunales españoles, que descansa sobre esa triple dimensión de bloques normativos potencialmente aplicables (Derecho europeo, Derecho convencional y Derecho interno español).

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES
PARA CONCEDER EL RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO
EXTRANJERO Y OTRAS CUESTIONES PROCESALES
AL RESPECTO

INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE SPANISH COURTS
TO GRANT RECOGNITION OF A FOREIGN ARBITRAL AWARD
AND OTHER PROCEDURAL RELATED MATTERS

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0002-2353-5003

Recibido: 22.12.2018 / Aceptado: 15.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4650>

Resumen: Partiendo del reciente Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de abril de 2018, sobre reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, se estudian los problemas del valor probatorio de los laudos como documentos privados extranjeros, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para resolver el exequatur en esta materia y la validez de la subsanación de la demanda de reconocimiento. También se hace una propuesta sobre la traducción de los documentos que deben acompañar a la demanda.

Palabras clave: reconocimiento de laudo arbitral extranjero, valor probatorio del laudo, competencia judicial internacional en cuanto al exequatur, subsanación de la demanda, traducción de documentos.

Abstract: Based on the recent decision of the Superior Court of Justice of Madrid of April 18, 2018, on the recognition of a foreign arbitral award, the problems of the probative value of the awards as foreign private documents, the international jurisdiction of the Spanish Courts to know about its exequatur and the validity of the fault rectification of the demand on exequatur are analysed. A proposal on the translation of the documents that must be attached to the claim is also made.

Keywords: recognition of foreign arbitral award, probative value of the award, international jurisdiction on exequatur, fault rectification of the claim, translation of documents.

Sumario: I. Antecedentes de hecho. II. Valor probatorio de un laudo arbitral extranjero antes de su reconocimiento. III. Competencia de los Tribunales españoles para conceder el reconocimiento. IV. La subsanación de la demanda de reconocimiento. V. Sobre la necesidad de traducción oficial prevista en el artículo IV.2 del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. VI. Conclusiones.

I. Antecedentes de hecho

1. Los antecedentes de hecho que dieron lugar al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 de abril de 2018¹ fueron los siguientes. Una sociedad

¹ ECLI:ES:TSJM:2018:113A. AC\2018\786.

mercantil alemana, domiciliada en Alemania, demandó ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Zurich a una sociedad española. Esta última formuló reconvencción en el procedimiento arbitral. El laudo finalmente dictado desestimó las pretensiones de la demandante y estimó parcialmente la reconvencción, condenando a la empresa alemana a pagar una determinada cantidad a la empresa española. Entre otros extremos, el laudo declaró que no existía causa que justificara la resolución extraordinaria sin preaviso del contrato existente entre las partes, por lo que tal resolución fue nula e interrumpió indebidamente el periodo de preaviso.

2. La entidad alemana pagó la cantidad a la que había sido condenada. Sin embargo, la empresa española solicitó el reconocimiento en España del laudo arbitral helvético con la finalidad de que el mismo produjese efectos en un procedimiento judicial seguido en España sobre competencia desleal y en el que no era parte la empresa condenada en el laudo; además señaló que la demandada era una filial alemana de una sociedad española.

3. Hay que destacar que durante el procedimiento de exequatur el Tribunal, con posterioridad a la vista, requirió a la demandante para que aportara documental para subsanar defectos. Finalmente el Tribunal, mediante el Auto que ahora nos ocupa, concedió el reconocimiento.

II. Valor probatorio de un laudo arbitral extranjero antes de su reconocimiento

4. Del texto del Auto no se desprende con claridad cuáles eran las finalidades buscadas por la demandante cuando solicitó el reconocimiento del mismo. Parece que pretendía que las declaraciones realizadas en el laudo pudiesen ser utilizadas en un litigio existente en España. Es decir, parece que pretendía que la decisión arbitral tuviese un efecto probatorio en un proceso seguido en nuestro país. Si es así y únicamente se pretendía un efecto probatorio, el planteamiento del exequatur fue excesivo e innecesario, ya que el laudo arbitral extranjero, debidamente autenticado y traducido, podía surtir efectos probatorios en España sin necesidad de cualquier otro trámite o requisito.

5. Ciertamente, el Auto incurre en el mismo error que la parte demandante, pues afirma: “*Resulta, ..., factible que cualquiera de esas declaraciones efectuadas en el laudo extranjero puedan ser utilizadas en algún litigio que se inicie en España, sea o no parte en el mismo la sociedad demandada en este procedimiento, para lo que resulta inexcusable el reconocimiento del laudo, que de otro modo carecería totalmente de eficacia en España*”. Y más adelante continúa, refiriéndose al laudo, “*... al que le sería negado cualquier valor probatorio si no contara con el reconocimiento en España que se pretende*”. Esta afirmación no es correcta, ya que el laudo extranjero puede tener efectos probatorios en un pleito seguido en España sin necesidad de superar un procedimiento de reconocimiento. Cosa distinta es si se desea que tenga otros efectos en nuestro país.

6. El laudo arbitral, como sucede casi siempre, estaba plasmado en un documento privado. De acuerdo con los artículos 144 y 326 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil los documentos privados extranjeros hacen prueba en el proceso español, plena cuando no se duda de su autenticidad, si están traducidos al castellano, o en su caso a la lengua oficial propia de una Comunidad Autónoma, sin necesidad de ningún otro requisito o condición. Esta solución que se desprende claramente de los términos literales de los citados preceptos también es compartida por la jurisprudencia² y era plenamente aplicable en este caso si solo se pretendía conferir al laudo extranjero un efecto probatorio.

² Por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) de 23 de diciembre de 2014 (JUR\2015\72166), refiriéndose a un expediente sustanciado por una compañía de seguros en inglés y rumano, se dice: “*Para que los documentos produzcan efectos probatorios deben ser aportados en idioma español o con la correspondiente traducción, tal y como indica el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

III. Competencia de los Tribunales españoles para conceder el reconocimiento

7. La parte demandada alegó como un motivo de oposición al reconocimiento que los Tribunales españoles carecían de competencia judicial internacional para conocer del exequatur solicitado. Entendía que eran competentes los Tribunales alemanes, dado que eran los del lugar del domicilio de la parte frente a la que se solicitaba el reconocimiento. En su apoyo invocaba los artículos 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 8.6 de la Ley de Arbitraje. Sostenía que no eran aplicables los fueros alternativo y subsidiario de este último precepto, pues cuando el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje, sustancialmente coincidente con el 52.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, se refiere al *“lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos”* del laudo, esta expresión debe interpretarse como el lugar de residencia o domicilio de la persona que deba realizar la prestación característica, o sea, la persona que deba dar cumplimiento a la obligación resultante del laudo arbitral, la cual en este caso estaba domiciliada en Alemania y ya había pagado las cantidades impuestas en la decisión arbitral.

8. El Auto ahora comentado rechaza estas alegaciones y sostiene que es competente para resolver el exequatur. Fundamenta su competencia en el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje y por consiguiente entiende, aunque no lo dice expresamente, que los fueros de competencia territorial de dicho artículo también operan como foros atributivos de competencia judicial internacional en materia de exquatur de laudos arbitrales extranjeros. Por el contrario no invoca, entiendo que acertadamente, los artículos 22.e)³ y 22 octies.3 párrafo 2^o de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

9. Con acierto, el Auto sostiene que en el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje hay dos foros principales alternativos entre sí y dos foros subsidiarios igualmente alternativos. También no deja de señalar, con razón, que el precepto es poco claro y sus términos son equívocos. Aunque entremezcla el mencionado precepto con el artículo 52.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, interpreta adecuadamente el sentido del foro que atribuye competencia al Tribunal del domicilio o lugar de residencia *“de la persona a quien se refieren los efectos”* del laudo. Ciertamente la expresión es confusa, pero el Tribunal entiende que se refiere a todo aquel sujeto que resulte interesado por la resolución arbitral, tanto si es beneficiario de la misma como si está interesado en poder utilizar en su beneficio las declaraciones efectuadas en el laudo. Por tanto, como sucedía en este caso, la persona a la que se refieren los efectos de la decisión arbitral puede ser, no solo la parte que está obligada a cumplir el fallo, sino incluso quien habiendo recibido ya el pago de la cantidad establecida a su favor por los árbitros, sin embargo tenga interés en dotar al laudo extranjero de eficacia jurídica en un lugar distinto –el de su domicilio o el de su residencia– al que se dictó o aquel en que ya se ejecutó. En este sentido es inequívoco que los efectos de la decisión arbitral se refieren, al menos, a cualquiera de las partes del procedimiento arbitral⁵. De esta manera, el Auto comentado coincide con lo establecido por la jurisprudencia en otros ámbitos⁶.

³ Se trata de un precepto que confiere competencia exclusiva a los Tribunales españoles para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras, incluidas las arbitrales, en España, pero esto no significa de ningún modo que estos sean siempre y en cualquier caso, aunque el laudo no tenga ninguna vinculación con nuestro país, internacionalmente competentes.

⁴ Además de que no concurre la condición previa de que *“los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”*, hay que tener muy presente que el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje no contiene un foro de cierre omnicompreensivo como el del artículo 52.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil cuando dice: *“... siendo competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de exequatur”*.

⁵ En la hipótesis de que hubiesen tenido que operar los foros subsidiarios del artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje, no podemos olvidar que uno de ellos es alternativamente el del lugar *“donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir efectos”*. Por consiguiente, dado que en este caso el laudo debía producir efectos entre otros lugares en España, donde pretendía ser alegado en un procedimiento judicial seguido en nuestro país, también por este motivo hubiesen sido competentes los Tribunales españoles aun en el caso de que no hubiesen sido operativos los foros principales.

⁶ Por ejemplo en supuestos de exequatur de sentencias extranjeras de divorcio y aplicando la disposición paralela del artículo 52.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, el Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente que *“El fuero de la competencia territorial ... es electivo para el actor; pudiendo plantear por tanto la solicitud de reconocimiento de la sentencia de divorcio ante el domicilio del otro cónyuge frente al que solicita el reconocimiento, o del domicilio de la*

10. Pero el Auto va más lejos, ya que afirma que la expresión “*persona a quien se refieren los efectos*” del laudo se refiere a todo aquel interesado por la resolución arbitral, “*hubiera sido o no parte en el procedimiento arbitral*”. Esta afirmación, con la que estamos de acuerdo, suscita algunas dudas en relación con la legitimación activa para plantear la demanda de reconocimiento del laudo arbitral extranjero, que en algunos casos puede condicionar la operatividad efectiva del foro que ahora estudiamos, ya que si la persona a quien se refieren los efectos del laudo no hubiese sido parte del procedimiento arbitral y por este motivo no estuviese legitimada para plantear la demanda, el foro devendría inoperante. En efecto, ni en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras⁷, ni en la Ley de Arbitraje se contiene una expresión como la del artículo 54.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que dice: “*El proceso de exequatur ... se iniciará mediante demanda a instancia de cualquier persona que acredite un interés legítimo*”. Por tanto cuando se trata de decisiones judiciales es indiscutible que cualquier sujeto que acredite tal interés podrá plantear el exequatur, aunque no hubiese sido parte en el procedimiento judicial extranjero en el que se dictó la decisión cuya eficacia en España se pretende⁸. Sin embargo, las cosas no están tan claras cuando se trata del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, pues pudiera parecer, ante el silencio del legislador español, que solamente pueden instar dicho reconocimiento quienes hubiesen sido parte en el procedimiento arbitral previo llevado a cabo en el extranjero. Pero esta posición no es admisible, en este sentido hay que reparar en el artículo III del citado Convenio de Nueva York, que dice: “*Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes*”. Esta remisión al Derecho Procesal interno en lo no previsto por el propio Convenio es reiterada por el artículo 46.2 *in fine* de la Ley de Arbitraje, cuando dice que el exequatur de laudos extranjeros “*se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros*”. Es decir, ambos textos se remiten a los artículos 41 a 61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil⁹. De conformidad con esta remisión cabe sostener que el artículo 54.1 de la citada Ley, en tanto en cuanto regula una cuestión relativa al procedimiento de exequatur y no a las causas de denegación del mismo, es aplicable al exequatur de laudos arbitrales y por tanto la demanda de reconocimiento puede ser planteada por cualquier persona que acredite un interés legítimo, aunque no haya sido parte del procedimiento arbitral previo, con las consecuencias que esta solución puede tener a efectos de competencia. Esta conclusión se puede ver reforzada a mayor abundamiento por la regla de eficacia máxima o de mayor favorabilidad sobre la que nos extenderemos posteriormente.

persona a la que se refieren los efectos de dicha solicitud. Pretendiéndose el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal argentino en la que se acordaba el divorcio de la actora, los efectos de esta resolución judicial han de recaer sobre cualquiera de las dos partes unidas con anterioridad por el vínculo matrimonial, por lo que al haberse interpuesto la demanda ante los Juzgados del domicilio de la actora, en uso del fuero electivo permitido por el artículo citado, debe conocer de la solicitud de reconocimiento el Juzgado ante el que correctamente se planteó la demanda de exequatur Véanse entre otros los Autos del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (JUR\2017\43185. ECLI:ES:TS:2017:838A), 1 de marzo de 2017 (JUR\2017\60799. ECLI:ES:TS:2017:1891A) y 28 de junio de 2017 (JUR\2017\186273. ECLI:ES:TS:2017:6775A) y también la amplia jurisprudencia citada en: A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., Granada, 2018, vol. I, p. 457. Hay que tener en cuenta que las citadas resoluciones reproducen y se remiten a Autos previos dictados bajo la vigencia del artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que en su última redacción ya coincidía con la solución actualmente vigente.

⁷ BOE de 11 de julio de 1977, con corrección de errores en BOE de 17 de octubre de 1986.

⁸ El precepto ha venido a aclarar, por lo menos en lo que se refiere al exequatur de decisiones judiciales, la confusa situación anterior en la que se dictaron resoluciones que dieron lugar a interpretaciones doctrinales completamente divergentes. Véase por ejemplo el Auto del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2000 (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Nota”, *R.E.D.I.*, 2001, pp. 481-486).

⁹ Sobre estos preceptos, entre otros: F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Nº 2, 2015, pp. 174 y ss. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 1, 2016, pp. 255 y ss.

IV. La subsanación de la demanda de reconocimiento

11. La demandada alegó como un segundo motivo de defensa que la demanda no cumplía los requisitos formales exigidos por el artículo IV del Convenio de Nueva York; en concreto se centraba en que la demanda no iba acompañada del original del acuerdo por escrito en el que las partes se obligaban a someterse a arbitraje ni tampoco de traducción jurada certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular del laudo arbitral ni del original del convenio arbitral. Ciertamente, la demanda solamente iba acompañada de una copia del contrato entre las partes en el que figuraba el convenio arbitral y de una copia del laudo arbitral cuyo exequatur se pretendía. Además no se presentaba traducción de ambos documentos certificada por un traductor oficial o un traductor jurado o por agente diplomático o consular. De esta manera, en principio, no se cumplían las formalidades requeridas por el artículo IV del Convenio de Nueva York. Sin embargo detectadas estas carencias, después de la celebración de la vista, se dio un plazo de un mes a la demandante para que aportara la documentación para subsanar los defectos y la parte procedió a hacerlo. La demandada sostuvo que los defectos formales eran insubsanables, pero el Tribunal confirmó la validez de la subsanación y entendió que se habían cumplido los requisitos formales necesarios.

12. La demandada fundamentaba la insubsanabilidad de los defectos formales en el confuso Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003¹⁰. Pero el Tribunal Superior, en una posición acertada construida sobre el principio *pro actione*, rechazó esta alegación y admitió la validez de la subsanación fundamentalmente porque la demanda había cumplido los requisitos esenciales y los defectos eran subsanables; en este sentido hay que destacar que sostiene implícitamente que tales requisitos esenciales consisten en la presentación de una copia del convenio arbitral, aunque éste se encuentre inserto en un documento más amplio, y una copia del laudo, aunque ambos documentos no estén traducidos. Por consiguiente, cumplido este mínimo esencial las carencias en relación con lo dispuesto en el artículo IV del Convenio de Nueva York son subsanables a lo largo del procedimiento de reconocimiento. Además, el Tribunal Superior invoca también la solución a la que finalmente llegó el mencionado Auto del Tribunal Supremo y que se habían cumplido los requisitos previstos en los artículos 54.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

13. Entendemos que la posición del Auto ahora comentado en cuanto a la subsanación es correcta. En primer lugar porque el Convenio de Nueva York se inspira en el principio básico de favorecer al máximo el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, por lo tanto el criterio hermenéutico fundamental es que debe ser interpretado y aplicado de la manera que más facilite la concesión del exequatur. En segundo lugar hay que reparar en que el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concibe la subsanación de una manera amplia y expansiva en su aplicación, por lo que está plenamente justificado acudir a ella siempre que sea posible en relación con supuestos cubiertos por el citado Convenio. Finalmente, el Auto coincide con diversa jurisprudencia anterior; por ejemplo en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 15 de mayo de 2014¹¹ se dice: "... *el art. IV.1.a) CNY*

¹⁰ JUR\2003\261577. El Auto, referente al exequatur de un laudo dictado en China, comienza afirmando: "... *semejante integración de las normas de procedimiento ha de ser en todo caso respetuosa con el principio de preclusión de los actos procesales, de tal modo que no le es dable a la parte que solicita el reconocimiento aprovechar el trámite de alegaciones que se le confiere tras la oposición de la parte contraria para justificar o completar la justificación del cumplimiento de aquellos presupuestos cuya alegación y prueba le incumbía y correspondía hacer en el momento inicial del proceso, pues de permitirse tal cosa se estaría quebrantando la igualdad de armas y se estaría situando a la parte frente a la que se solicita la homologación, por ello, en una evidente posición de indefensión*". Pero poco más abajo dice: "... *se ha de examinar la excepción de carácter procesal que la entidad demandada opone inicialmente, y que se resume en la falta de la debida representación procesal de la actora traída por la falta de acreditación de las facultades de representación del otorgante, y por la falta de constancia de la autorización de la entidad para efectuar el acto de apoderamiento. Semjante obstáculo procesal, en modo alguno insubsanable, carece, empero, de entidad a la vista de los documentos aportados por la parte promovente que completan los que acompañan a su solicitud, subsanando de este modo su insuficiencia ...*".

¹¹ JUR\2014\196691. ECLI:ES:TSJCAT:2014:184A. Véase también el Auto citado en la nota 10 y el Auto del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004 (RJ\2004\5817). F. ORTÉU CEBRIÁN, M. I. ALÍAS GAROZ, *Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2003, pp. 168-172.

... requiere, para obtener el exequatur; el original del acuerdo o una copia auténtica; llevando a cabo el TS una interpretación amplia de dichos preceptos siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje de tal modo que pueda deducirse, de las circunstancias de autos, que el contenido, incluido la cláusula de arbitraje, era conocida por las partes (AATS 17 abril 98, 31 julio 2000 y 26 febrero 2002, entre otras) siendo un requisito subsanable cuando inicialmente se ha acompañado una copia (no auténtica) y ha sido completada posteriormente. [...] Con dicha solución no se causa indefensión a la contraparte, debiendo significarse, como declara el ATS 4 marzo 2003 que “... la falta de cumplimiento de los requisitos de autenticidad ha de considerarse subsanable en atención a la previsión de subsanabilidad de los actos procesales de las partes contenida en el art. 231 LEC y que ha de entenderse referido a los defectuosos, es decir, aquellos como el presente en que la parte hubiera cumplido los requisitos de un modo imperfecto o incompleto ...” como sucede en el caso de autos, en que la petición vino acompañada del original del convenio arbitral y la copia auténtica del laudo fue unida posteriormente ...”.

V. Sobre la necesidad de traducción oficial prevista en el artículo IV.2 del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958

14. Este Auto nos suscita una última reflexión en cuanto a la traducción de los documentos que deben acompañar a la demanda de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. El artículo IV.2 del Convenio de Nueva York establece que la traducción “deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular”. Sin embargo, el artículo 54.4.d) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, cuando regula el exequatur de decisiones judiciales extranjeras, dice que las traducciones se presentarán “con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Y este último precepto determina en su párrafo 2 que la “traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugna dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado. No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquella correrán a cargo de quien la solicitó”. De esta manera, se da la paradoja de que el régimen de la traducción de los documentos es sensiblemente más favorable en las normas internas que en el texto convencional, ya que al admitir en principio la validez de las traducciones privadas se establece una solución mucho más barata y también más sencilla y rápida.

15. El artículo VII.1 del Convenio de Nueva York consagra la regla de la eficacia máxima al decir que las disposiciones del texto convencional no “privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”¹². Este precepto hay que interpretarlo a la luz de un importante documento de la UNCITRAL, que es la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones¹³. La Recomendación en su introducción destaca que uno de los objetivos del artículo VII.1 es permitir la ejecución de los laudos extranjeros en la mayor medida posible y que con posterioridad al Convenio de Nueva York se han promulgado leyes nacionales más favorables que el texto convencional en lo que respecta a los requisitos de forma que rigen la

¹² F. ORTÉU CEBRIÁN, M. I. ALÍAS GAROZ, *Exequátur de laudos arbitrales ...*, pp. 162-164. G. A. BERMAN, “International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 381, 2015, pp. 429-430.

¹³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/61/17)*, anexo II. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/a2s.pdf>

ejecución de las sentencias arbitrales. A esto hay que sumar la remisión que hacen a los artículos 41 a 61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil tanto el citado Convenio como la Ley de Arbitraje. Teniendo en consideración todos estos elementos no sería descabellado proponer que el régimen de traducción de los laudos arbitrales extranjeros a efectos de exequatur sea el previsto en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VI. Conclusiones

16. El Auto merece en general una crítica positiva. Ciertamente no aprecia adecuadamente el valor probatorio del laudo como documento privado extranjero al margen del exequatur, pero parece que este mismo error también se dio en la parte actora. Por lo demás, el Auto justifica acertadamente, en los planos legal, jurisprudencial y doctrinal, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles y la validez de la subsanación de la demanda.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN
TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES
DE 3 DE MAYO DE 2018

COMMENTS ON THE JUDGEMENT ISSUED BY THE
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES ON 3 MAY 2018

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

Magistrado

Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco

Recibido: 26.12.2018 / Aceptado: 15.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4651>

Resumen: La prueba del Derecho extranjero es una de las cuestiones más complejas en las sucesiones con elemento internacional, especialmente en las anteriores al Reglamento 650/2012, y por tanto, regidas por la ley nacional del causante.

Palabras clave: sucesión internacional, prueba del Derecho extranjero.

Abstract: Proof of foreign Law is one of the more complex questions in international successions, especially in these previous to Regulation 650/2012, and thus ruled by the citizenship Law of the deceased.

Keywords: international succession, proof of foreign law.

Sumario: I. Introducción. II. Ley aplicable a la sucesión. III. Alcance de la Ley aplicable a la sucesión. IV. La prueba del Derecho extranjero. V. Conclusión..

I. Introducción

1. La sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2018¹ trata tres cuestiones relevantes desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado: (i) la ley aplicable a la sucesión, (ii) el alcance de dicha ley y (iii) la prueba del Derecho extranjero.

II. La Ley aplicable a la sucesión

2. Se trata de la cuestión más sencilla, y sobre la que en ningún momento ha habido controversia: habiendo fallecido la causante el 20 de julio de 2015, es decir, antes de la aplicación del Reglamento 650/2012², la sucesión se rige por su ley nacional, esto es, la alemana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.8 del Código civil.

¹ Roj: SAP IB 923/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:923

² 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 (DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012).

3. Nada dice la sentencia sobre su estado civil en el momento de su fallecimiento, por lo que debemos presumir que no es relevante para solucionar la cuestión el último inciso del mencionado precepto, del que se derivan las tradicionales discusiones jurisprudenciales y doctrinales en las que, por tanto, no vamos a entrar.

III. Alcance de la Ley aplicable a la sucesión

4. La siguiente cuestión es determinar cuál es el ámbito de la ley aplicable a la sucesión; aspecto del que nada dice el Código civil³, a diferencia del Reglamento 650/2012, en el que los artículos 1.2 y 23 lo determinan expresamente. Así, en nuestro caso la sentencia considera sujetos a la ley alemana el momento de la transmisión de los bienes, que coincide con el del fallecimiento, las legítimas caracterizadas como un derecho de crédito determinado por el valor de los bienes de la herencia en el momento del fallecimiento y la formación del inventario; aspectos todos ellos que considera incluidos en la normativa sucesoria la doctrina, como, por ejemplo, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁴. Para estos autores es indiscutible que la transmisión de los bienes se rige en el Derecho español por la ley que rige la sucesión y no por la del lugar en que se encuentren -10.1 CC- en tanto nos encontramos ante una sucesión universal que debe ser sometida a una única Ley.

IV. La prueba del Derecho extranjero

5. Finalmente la sentencia toca de pasada una cuestión de gran relevancia, como es la prueba del Derecho extranjero, que considera probado por una certificación notarial de vigencia del Código civil alemán; siendo verdad que no dice si el notario certificante es español o alemán, la cuestión no es relevante para el caso concreto, ya que no ha existido controversia sobre el asunto. En fundamento de su opinión cita la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015⁵ conforme a la que:

- El Tribunal debe aplicar de oficio la norma de conflicto, sea interna o internacional.
- No teniendo obligación el Juez de conocer el Derecho extranjero, éste deber ser objeto de alegación y prueba (art. 281.2 LEC).
- El Derecho extranjero no es un simple hecho, de forma que, en lo que aquí interesa, el tribunal no tiene que estar al resultado de la prueba practicada, sino que puede valerse de cuantos medios estime oportunos para su averiguación.
- La averiguación es una facultad, pero no una obligación del Tribunal.
- La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español.

6. Lo primero que debemos destacar es que en el momento de dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares ya estaba en vigor la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que dedica su artículo 33 precisamente a la prueba del Derecho extranjero conforme al que:

1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.

2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

³ Por el contrario la redacción original del artículo 10.2 del Código civil incluía en el ámbito de aplicación de la *lex successionis* el orden de suceder, la cuantía de los derechos sucesorios y la validez intrínseca de las disposiciones.

⁴ A.L.CALVO CARAVACA/ J.CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*. Comares. Granada, 2009. Vol. II, p. 396.

⁵ Roj: STS 1868/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1868.

3. 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.

4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

7. Se trata de un sistema mixto⁶ en el que el Juez no tiene obligación de conocer el Derecho extranjero pero no queda *ex lege* constreñido a lo que le aportan las partes, sino que puede realizar sus propias averiguaciones, colaborando con la actividad probatoria de aquéllas; aunque como dice la misma autora⁷ los Tribunales suelen actuar de manera pasiva⁸, lo que lleva, en muchos casos, a la no aplicación del Derecho extranjero; situación que debe evitarse en aras de una mejor tutela efectiva de los derechos de las partes (art. 24 CE). Hay situaciones, como bien apunta dicha profesora⁹, en las que con un esfuerzo razonable se puede acceder al Derecho extranjero: así, por ejemplo, en el caso del Derecho de los países de la Unión Europea existen medios como el portal *E-justice* que pueden servir para solucionar algunos de los supuestos, sobre todo si lo que se requiere es el contenido de la Ley o explicaciones básicas de su aplicación, ya que la Unión Europea no ha incorporado norma alguna en relación con la prueba del Derecho extranjero¹⁰. También existen medios convencionales multilaterales y bilaterales en materia de prueba del Derecho extranjero que pueden ser de extraordinaria utilidad¹¹.

8. Especialmente relevante es su apartado tercero, conforme al que la aplicación del Derecho español en los supuestos en los que no quede aplicado el extranjero debe ser excepcional; excepcionalidad que es expresamente mencionada por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018¹², que requeriría los previos intentos de prueba tanto por las partes como por el Tribunal¹³ y que no es obligatoria para el Tribunal.

9. Tan excepcional debe ser la aplicación del Derecho español que autores como Carrillo Pozo¹⁴ han propuesto que la respuesta a la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable conforme a la norma de conflicto, deba ser, como regla general, la desestimación de la demanda, siendo sólo posible en casos muy determinados la aplicación de la *lex fori*, especialmente cuando nos encontremos en espacios en los que la autonomía de la voluntad es muy limitada, como, por ejemplo, los divorcios. Para autoras como Diago Diago¹⁵ antes de acudir al Derecho español se deberá acudir a segundas o ulteriores conexiones contenidas en la norma de conflicto.

10. La sentencia aquí comentada se decanta por la *tesis de la prueba mínima* del Derecho extranjero¹⁶, requiriendo únicamente la prueba de su contenido y vigencia; puede que no siendo controvertido en el caso concreto sea suficiente, pero con carácter general, parece más razonable inclinarse por la *tesis de la prueba exhaustiva*, ahora positivizada para la información en el artículo 34 de la Ley 29/2015 y que

⁶ M.P. DIAGO DIAGO, *La prueba del derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*. AEDIPr, t. XVII, 2017, p. 536.

⁷ M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 538.

⁸ Aún a riesgo de que se me trate de *corporativismo*, debo mencionar aquí la situación en la que se encuentran muchos Juzgados de Primera Instancia –que, no olvidemos, es dónde habitualmente se practica la prueba en el proceso civil–: tienen una carga de trabajo que dificulta la utilización de los medios al alcance del Juez, tanto porque ponerlos en marcha requiere un tiempo como porque las respuestas tardan en llegar, y en muchos casos –por ejemplo, familia– es necesario dar soluciones a las partes sin excesiva demora.

⁹ M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 543.

¹⁰ A. Ybarra Bores/A. Rodríguez Benot, *Las nuevas reglas sobre información y prueba del derecho extranjero en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, núm. 150, septiembre-diciembre de 2017, p. 1357.

¹¹ Una relación de los mismos puede verse en Ybarra Bores, A. y Rodríguez Benot, A., *op. cit.*

¹² ROJ: STS 1228/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1228.

¹³ M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 546.

¹⁴ L.F. CARRILLO POZO, *Crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y derecho*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 259.

¹⁵ M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 546.

¹⁶ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*. Comares. Granada, 2018. Vol. I, p. 273.

era la defendida tanto por la doctrina¹⁷ como por la sentencia del Tribunal Supremo antes citada. Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 parece volver a la *tesis de la prueba mínima* al considerar suficientemente probado el Derecho colombiano mediante la consulta de la página web oficial del Gobierno de ese país o la propia página web del Consejo General del Poder Judicial; en todo caso es dato significativo a tener en cuenta que ninguna de las partes discutió la vigencia y contenido de las normas de Derecho colombiano alegadas de contrario, como expresamente dice la sentencia¹⁸.

11. Dicho lo anterior, y teniendo todos claro que nuestro Derecho es algo más que el mero texto positivo, es razonable considerar que así ocurrirá en el resto de países, por lo que la adecuación al mismo de la sentencia que dicte el tribunal español requerirá una prueba más profunda, siendo por tanto aconsejable acudir a la *tesis de la prueba exhaustiva*¹⁹; otra cosa es lo que las partes requieran o los medios reales existentes para obtener más prueba que los que aquéllas aporten.

12. Por tanto, será necesario acreditar²⁰:

- Contenido literal de la norma o normas aplicables, así como de su vigencia.
- La norma de conflicto de ese ordenamiento, para verificar que no nos encontramos ante un reenvío de retorno (art. 12.2 Código civil) o incluso de segundo grado (art. 34 Reglamento 650/2012).
- La interpretación de la misma hecha por los Tribunales (y, añadido yo, incluso, en la medida lo posible, la doctrina científica que exista, especialmente si no hay jurisprudencia o ésta es escasa).
- La aplicabilidad al caso concreto.

13. YBARRA BORES Y RODRÍGUEZ BENOT²¹ añaden a estos extremos que puede ser necesario acreditar el marco procedimental y la organización judicial. Siempre, claro está²² que todos estos aspectos sean realmente necesarios para resolver el caso; si con la aportación del texto legal se resuelve el caso, obviamente bastará con probar su vigencia y contenido literal.

14. En cuanto a los medios de prueba cabrá cualquiera de los válidos en nuestro sistema procesal que sean razonables para cumplir el fin perseguido²³: documentos públicos o privados, pericias..., a los que debemos añadir los que tiene a su disposición el propio Tribunal, como serían su conocimiento propio o los mecanismos previstos en determinados instrumentos internacionales, sobre los que no cabe extenderse aquí.

15. Todo lo anterior no sólo será procedente en los procedimientos judiciales, sino también en los supuestos sometidos a arbitraje, como dicta la sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de enero de 2018²⁴ en un supuesto en el que el árbitro debía resolver la controversia teniendo en cuenta el Derecho extranjero.

¹⁷ Por ejemplo, A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* (2018), Vol. I, p. 274 o P. DIAGO DIAGO *op. cit.*, p. 540.

¹⁸ No voy a volver aquí, por escapar al alcance de este trabajo, a la vieja polémica relativa a la posibilidad de que las partes pueden convertir por su sólo acuerdo el Derecho extranjero en un hecho incontrovertido, exento de prueba, conforme al artículo 281.3 LEC o si, incluso en esos supuestos, el Juez puede realizar su propia actividad probatoria, como podría desprenderse de una lectura literal del último inciso del apartado 1 del mismo precepto en relación con el 282.

¹⁹ Aunque, como dicen Ybarra Bores y Rodríguez Benot (*op.cit.*, p. 1375) puede que el Legislador sea contrario a esta tesis, pues no aprovechó la reforma de la LEC de 2015, ni la promulgación de la Ley 29/2015 para incluir una referencia a la interpretación del Derecho extranjero entre el alcance de su prueba; en este caso, conforme a la *Doctrine of acquiescence* del Tribunal Supremo norteamericano -entre otras, *United States v. Finnell*, 185 U.S. 236, 244, (1902)- deberemos optar por la tesis de la prueba mínima.

²⁰ A.L. CALVO CARAVACA / J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* (2018), Vol. I, p. 274.

²¹ YBARRA BORES, A. y RODRÍGUEZ BENOT, A.: *op.cit.*, p. 1355.

²² M.P. DIAGO DIAGO,., *op. cit.*, p. 541.

²³ A.L.CALVO CARAVACA / J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* (2018), Vol. I, p. 283.

²⁴ ROJ:STSJ M 905/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:905. En este caso, por lo que aparece en la sentencia, se aportó como prueba del Derecho alemán un informe emitido por un despacho de abogados ese país, por lo que parece probable que no sólo se probase vigencia y contenido, sino también la interpretación de la norma.

16. Finalmente, vamos a tratar con brevedad qué posibilidades tiene el juzgador antes de aplicar el Derecho español ante la actuación pasiva de las partes en la prueba del Derecho extranjero; se nos abren varias posibilidades, de las que la primera es, obviamente, acudir a los medios a su alcance para obtener la prueba pertinente.

17. Carrillo Pozo, como hemos visto más arriba, opta por desestimar la demanda, solución con la que tenemos algunas discrepancias; en este sentido no podemos olvidar el deber inexcusable de resolver contenido en el artículo 1.7 del Código civil, que el Código penal refuerza en su artículo 448, conforme al que será castigado “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley”; una desestimación de la demanda simplemente sobre la base de la falta de prueba del Derecho extranjero, pudiendo investigarlo el propio Juez, y, en última instancia, aplicar el español, para lo que se encuentra habilitado por el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, podría estar peligrosamente cerca de la negativa a resolver vedada por la Ley.

18. DIAGO DIAGO²⁵ plantea la posibilidad de inadmitir la demanda, que ella misma descarta acudiendo a la redacción literal del artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque parece que ha sido utilizada en algún caso.

19. ADÁN DOMÈNECH²⁶ apunta una opción que me parece la correcta para situaciones en las que la mala fe del actor es manifiesta: la inadmisión de la demanda *a limine litis* al amparo del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la que “Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. Siendo los primeros que somos conscientes de la excepcionalidad de esta medida, no debe descartarse en supuestos en los que parezca que nos encontramos ante un evidente abuso en la falta de prueba del Derecho extranjero; lo que podría ocurrir, por ejemplo, en supuestos en los que el demandante teniendo medios económicos para probarlo no lo hace desde el primer momento siendo la solución derivada del Derecho español especialmente beneficiosa para él, de forma que la solución derivada del Derecho extranjero sólo pudiese ser igual o peor.

20. Sentadas las opciones anteriores, el riesgo de la aplicación automática del Derecho material español, habitual en el pasado²⁷ sigue siendo alto, sea por inercia, sea por simplicidad, siempre que las partes no efectúen una labor probatoria suficiente.

V. Conclusión

21. Nos encontramos ante una sentencia que de manera adecuada ha resuelto las cuestiones de Derecho Internacional Privado planteada, incluida la prueba del Derecho extranjero; aunque no haya mencionado expresamente la Ley 29/2015, sus conclusiones son acordes con la misma y con los pronunciamientos doctrinales.

²⁵ M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 548.

²⁶ F. ADÁN DOMÈNECH, *Soluciones a la falta de prueba del Derecho extranjero*. Justicia. Revista de Derecho Procesal. AÑO 2011. Núm. 1-2. Págs. 91.

²⁷ M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 549.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PARA CONOCER DE LA ACCIÓN PAULIANA

ACTIO PAULIANA AND INTERNATIONAL JURISDICTION

BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ GÓMEZ

*Doctora en Derecho. Universidad Complutense de Madrid
LL.M. Colegio de Europa (Brujas)*

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 31.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4652>

Resumen: El Tribunal de Justicia ha establecido un concepto amplio sobre qué debe entenderse por “materia contractual” para la aplicación del Reglamento Bruselas I *bis*. Se ha pronunciado por primera vez subsumiendo la litigación de la acción pauliana dentro del foro especial del artículo 7.1.a del Reglamento Bruselas I *bis*. Sin embargo, cabe entender que la justificación utilizada contradice parte de su jurisprudencia previa, relajando como consecuencia los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica.

Palabras clave: acción pauliana, competencia judicial internacional, Reglamento Bruselas I *bis*, materia contractual.

Abstract: The Court of Justice has established a broad concept of what should be understood by “matters related to a contract” for the application of the Brussels I Regulation (Recast) Regulation. It has pronounced for the first time subsuming the litigation of the *actio pauliana* within the special forum of article 7(1)(a) of the Brussels I *bis* Regulation. However, it should be considered that the grounds used contradict part of its prior jurisprudence, undermining as a consequence the objectives of predictability and legal certainty.

Keywords: *actio pauliana*, international jurisdiction, Brussels I Regulation (Recast), matters related to a contract.

Sumario: I. Introducción a la acción pauliana. II. La jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia 1. Asunto *Reichert I*. 2. Asunto *Reichert II*. III. Asunto *Feniks*: inclusión del foro en materia contractual. IV. Valoración crítica: inexistencia de un contrato entre las partes. V. Contradicción con la jurisprudencia previa en materia de foro contractual. VI. Falta de previsibilidad e incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica. VII. Conclusión final.

I. Introducción a la acción pauliana

1. La acción pauliana¹ es una acción revocatoria de tipo rescisorio². El acreedor de un deudor puede interponer una acción contra un tercero beneficiario de un acto dispositivo del deudor que va en detrimento de los intereses del acreedor. La acción revocatoria principalmente se interpone para decla-

¹ Parece ser que el nombre de pauliana fue introducido por un glosador del Digesto, I. PRETELLI, “Cross-border Credit protection against fraudulent transfers of assets: Actio Pauliana in the Conflict of Laws”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 589-640.

² *Vid.* F. RIVERO, “España: La acción pauliana en Derecho español”, en J. J. FORNER DELAYGUA (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 45-71, p. 48.

rar que el demandado ha actuado en fraude de los derechos de sus acreedores. El acreedor que ejercita la acción pauliana actúa en nombre y derecho propio, a diferencia de la acción subrogatoria donde el acreedor sustituye al deudor para integrar bienes debidos en el patrimonio del deudor³. Ambas acciones son mecanismos complementarios para la protección del crédito; pero la acción pauliana plantea mayor complejidad a nivel de la competencia judicial internacional, ya que se trata de una acción directa del acreedor frente al tercero a cuyo favor el deudor realizó determinados actos fraudulentos. A pesar de tener la acción pauliana un origen común proveniente del Derecho romano, las leyes de cada Estado miembro de la Unión Europea han evolucionado y configurado la acción pauliana de una manera distinta.

2. En España destaca la inclusión de la regulación de la acción pauliana en el Libro cuarto del Código Civil dedicado a las obligaciones y contratos, artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil. Igualmente ocurre en el ordenamiento francés, donde destaca el artículo 1167 del Código civil francés en la parte de los contratos⁴. Mientras que otros ordenamientos la regulan dentro de la responsabilidad patrimonial del deudor, como el artículo 2901 del Código Civil italiano⁵ o en sede de ejecución, como ocurre en Derecho alemán, en ley específica para la acción paulina fuera de la insolvencia (*Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens*, 1999)⁶. En dicha ley la acción pauliana tiene naturaleza obligacional y se manifiesta en la satisfacción del crédito del acreedor si fuera necesario con la revocación de los actos sobre bienes que pertenecían al deudor.

3. La distinta configuración de la acción pauliana no impide reconocer tres elementos comunes como pone de manifiesto el Abogado General Bobek en el asunto Feniks. Los tres elementos comunes son los siguientes: en primer lugar, que exista un *eventus damni* (un perjuicio para el acreedor en el momento de ejercitarse la acción), en segundo lugar, que exista *consilium fraudis* (intención del deudor de perjudicar a sus acreedores con la disminución de bienes de su patrimonio) y en tercer lugar, que exista *scientia fraudis* (mala fe por parte de tercero)⁷. Se ha observado una tendencia de varios ordenamientos europeos a objetivar la protección de los acreedores, de manera que la mala fe deja de analizarse en ciertos casos, en particular cuando sean transferencias a título gratuito para concentrarse en la noción de detrimento de los bienes del deudor como causa de perjuicio a los terceros acreedores⁸. Sin embargo, resulta claro que las variedades de pauliana a nivel nacional realizan una función similar, la cual no es más que declarar la inoponibilidad de un acto de disposición del deudor a favor de un tercero frente al acreedor que ejercita la acción⁹. Se trata de una acción subsidiaria cuando se ejercita fuera de un procedimiento concursal, porque solo procede en defecto de bienes del deudor y siempre que no exista otro remedio para hacer efectivo el crédito¹⁰, por lo que es fundamental para la protección del crédito¹¹.

4. La acción pauliana puede ser de dos tipos en función de si se ejercita dentro o fuera de un procedimiento de insolvencia. Una de las principales diferencias radica en que la acción específica dentro de un procedimiento de insolvencia surte efectos frente a todos los acreedores afectados por el procedi-

³ M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, 2ªed., Cizur Menor, Thomson Civitas, p. 703.

⁴ Vid. J.-P. CHAZAL, “La acción pauliana en Derecho francés”, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 75-94, p. 75.

⁵ J.A. FERNÁNDEZ CAMPOS: “Algunas consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho italiano”, *ADC*, 1997, pp. 631-668, p. 666.

⁶ Vid. N. HOFFMANN, “Alemania: La *actio pauliana* en Derecho alemán: impugnación de los acreedores según la ley de impugnación y la regulación referente a la insolvencia”, en J. J. FORNER DELAYGUA (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 15-41.

⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, 21 de junio de 2018 (ECLI:EU:C:2018:487), Asunto C-337/17, *Feniks*, ap. 34, en adelante, Conclusiones AG Bobek.

⁸ A. VAQUER, “Traces of Paulian Action in Community Law” in SCHULZE, R. (ed), *New Features in Contract Law*, Ed. Sellier European Law Publishers, München, 2007, pp. 421-439, pp. 433-435.

⁹ M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op.cit., p. 704.

¹⁰ J.A. MARTÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 1111 del CC”, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 1127.

¹¹ F. DE CASTRO, “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial”, *RDP*, 1932, pp. 193-227, pp. 202-209.

miento concursal, mientras que la acción pauliana general sólo surte efectos frente al acreedor individual que ha ejercitado la acción¹². Esta distinción se enmarca dentro de la lógica de la universalidad y la *par condicio creditorum* como principios que rigen en el procedimiento concursal, lo cual repercute en determinar características para el ejercicio de la acción, tales como la legitimación activa y los efectos que produce el ejercicio con éxito de la acción pauliana¹³. En caso de estimación de la acción pauliana en el concurso, los bienes que hubiera dispuesto el deudor se reintegran en la masa concursal.

Sin embargo, el éxito de la acción pauliana extraconcursal no implica que los bienes se transfieran al patrimonio del deudor para satisfacción de otros acreedores, sino que sólo puede beneficiarse el acreedor (o acreedores) que ejercitaron la acción¹⁴.

II. La jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia

1. Asunto Reichert I

5. En el asunto Reichert I el Tribunal de Justicia se pronunció por primera vez sobre la acción pauliana. El Tribunal de Justicia la definió como una acción cuyo fundamento es el derecho de crédito, enfatizando que se trata de un derecho personal del acreedor frente al deudor, y que tiene por objeto proteger la garantía que el patrimonio del segundo puede suponer para el primero¹⁵. El efecto de la acción pauliana, cuando prospera, es tornar ineficaz frente al acreedor que la interpuso, el acto dispositivo realizado por el deudor en fraude de su derecho¹⁶. El demandante de una acción pauliana no ejercita un derecho real, la revocación del acto es meramente relativa, pues es ineficaz frente al acreedor ejercitante, pero no se transmite la propiedad al acreedor. Podrá en su caso venir seguida de un embargo. Como para su examen no se requiere la apreciación de los hechos ni la aplicación de las normas y los usos del lugar donde radique el bien, no queda justificada la competencia exclusiva del tribunal del Estado de situación del inmueble¹⁷.

6. Además, el Tribunal apreció que la normativa de los Estados miembros relativa a la exigencia de la publicidad de las acciones revocatorias o de aquéllas que tienen como objetivo declarar inoponibles frente a terceros los actos relativos a inmuebles no es por sí misma suficiente para justificar la competencia exclusiva de los tribunales del Estado de situación del inmueble objeto de tales derechos¹⁸. De esta forma, queda resuelto el punto de vista más problemático, puesto que el alejamiento de la competencia exclusiva no impide que se garantice la protección a terceros mediante la publicación de las acciones judiciales encaminadas a obtener la inoponibilidad de los actos relativos a inmuebles en el lugar de situación del inmueble.

2. Asunto Reichert II

6. Con posterioridad también se pronunció el tribunal en el asunto Reichert II excluyendo la acción pauliana del foro exclusivo en materia de ejecución de resoluciones judiciales (art. 24.5 RBI *bis*), del

¹² Con respecto al ejercicio de una acción revocatoria en insolvencia, *vid.* L. CARBALLO PIÑEIRO, *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, pp. 135-136.

¹³ En la jurisprudencia española, *vid.* la STS (1ª) de 30 de enero de 2004 (25/2004) y STS de 18 de abril de 2013 (3009/2013). Una vez abierto el concurso corresponde a la administración concursal el ejercicio de la acción pauliana, por lo que se restringe la legitimación de los acreedores, que solamente conservan una legitimación subsidiaria.

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, A. CRISTÓBAL MONTES, “Efectos de la acción pauliana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 666, 2001, pp. 1443-1472.

¹⁵ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1177, se incluye a la acción pauliana en las acciones personales relativas a bienes inmuebles, donde es irrelevante que deriven de contratos.

¹⁶ STJCE de 10 de enero de 1990, Asunto C-115/88, (Rec. Jurisp.1990 I-00027), *Reichert I*, ap. 12 (en adelante, *Reichert I*).

¹⁷ Acogida sin reparos por la doctrina, *vid.* J. J. FORNER DELAYGUA, “La acción pauliana ante el TJCE (comentario a la sentencia de 10 de enero de 1990 del TJCE, as. C-115/88 Reichert)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, Nº2, 1991, pp. 625-641.

¹⁸ *Reichert I*, ap. 13.

foro especial en materia delictual o cuasidelictual (art. 7.2 RBI *bis*) y de la norma relativa a la solicitud de medidas provisionales o cautelares (art. 35 RBI *bis*)¹⁹. Las razones esgrimidas fueron las siguientes.

7. En primer lugar, la acción pauliana francesa no va dirigida a que se resuelva un litigio relativo al recurso a la fuerza, al apremio o a la desposesión de bienes muebles e inmuebles para garantizar la efectividad material de las resoluciones, de los actos. En cambio, dicha acción tiene por objeto proteger los intereses del acreedor solicitante al juez competente que rescinda frente al acreedor el acto dispositivo realizado por el deudor en fraude de su derecho. Por tanto, se excluye la competencia exclusiva en materia de ejecución de las resoluciones judiciales.

8. En segundo lugar, el objeto de la acción pauliana francesa no es que se condene al deudor a reparar el daño que ha causado a su acreedor el acto fraudulento, sino que desaparezcan, frente al acreedor, los efectos del acto dispositivo realizado por su deudor. Además, puede dirigirse contra el tercero, además de contra el deudor, e incluso cuando el tercero no actúa de mala fe. En consecuencia, se considera que la acción pauliana del Derecho francés no puede subsumirse dentro del foro especial en materia extracontractual, actual art. 7.2 RBI *bis*²⁰.

9. En tercer lugar, dado que la acción pauliana no responde a la finalidad de las medidas provisionales o cautelares del art. 35 RBI *bis*, se respondió que no podía entenderse dentro de esta norma²¹. Mientras que la acción pauliana modifica la situación jurídica de los patrimonios del beneficiario y el deudor, las medidas provisionales o cautelares pretenden mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se demanda al juez. Es decir, el propósito de la pauliana es justo el contrario al de las medidas provisionales, pues pretende un pronunciamiento con efecto de cosa juzgada²².

III. Asunto Feniks: inclusión del foro en materia contractual

10. Dos empresas polacas celebran un contrato de obra en el marco de un proyecto de inversión inmobiliaria en la ciudad de Gdansk en Polonia. Feniks era el promotor y Coliseum tenía la condición de contratista general. Coliseum incumplió sus obligaciones frente a varios subcontratistas, de modo que Feniks pagó a los subcontratistas a título de responsable solidario según el Código Civil polaco. Así, Feniks se convirtió en acreedor de Coliseum. Por otra parte, en 2012 Coliseum vendió un inmueble situado en Szczecin (Polonia) a una sociedad española, Azteca. Azteca y Coliseum compensaron varias deudas previas, de forma que Azteca pagó finalmente el 18% del valor de venta del inmueble. En 2016 Feniks demandó a Azteca ante los tribunales de Szczecin con objeto de que se declarase la ineficacia del contrato de compraventa frente a ella ante la falta de activos en el patrimonio de Coliseum. La demandante fundamentó la competencia del tribunal polaco en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento nº 1215/2012. Azteca alegó una excepción de incompetencia de los tribunales polacos.

11. La cuestión prejudicial que plantea el órgano jurisdiccional polaco al Tribunal de Justicia es si la acción pauliana ejercitada por el acreedor es subsumible en la norma de competencia judicial internacional formulada en el artículo 7.1.a) del Reglamento de Bruselas I *bis*. Sin embargo, el órgano jurisdiccional polaco pregunta también si debe responderse a la primera cuestión aplicando la doctrina

¹⁹ STJCE de 26 de marzo de 1992, Asunto C-261/90, (Rec. Jurisp. 1992 I-02149), *Reichert II*, (en adelante, *Reichert II*).

²⁰ Para una crítica, *vid.* J. J. FORNER DELAYGUA, “Derecho europeo: La acción pauliana bajo el TJCE (una opinión discrepante de Reichert II)”, en J. J. FORNER DELAYGUA (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 139-149. En cambio, a favor E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Integridad del patrimonio y protección del crédito: Las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Cizur Menor, Civitas, 2010, pp. 32-34.

²¹ *Vid.* V. FUENTES CAMACHO, “Nota a STJUE de 26 de marzo de 1992, Reichert c. Dresdner Bank”, *REDI*, vol. XLV, nº2, 1993, pp. 440-445, quien resume la jurisprudencia nacional previa a Reichert II.

²² *Vid.* M. BERGLUND, *Cross-border Enforcement of Claims in the EU. History, Present Time and Future*, Kluwer Law International, 2009, p. 185.

del acto claro, con remisión a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1992, *Handte*²³. En su pregunta el tribunal polaco diferencia la acción del caso *Handte* del presente asunto, incidiendo en que para que prospere la demanda contra el comprador de un bien inmueble en la que se solicita la ineficacia de dicho contrato, se requiere que el comprador conociera la circunstancia de que el contrato de compraventa se estaba realizando en perjuicio de los acreedores, de manera que el comprador tiene que contar con que un acreedor personal del deudor interponga en su contra una demanda de ese tipo²⁴.

12. El Tribunal admite que una acción pauliana como la que objeto del asunto *Feniks* puedan conocerla los tribunales del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales; ya que el acreedor como titular de un derecho de crédito nacido de un contrato solicita que frente a él se declare ineficaz un acto supuestamente lesivo para sus derechos. En el caso dicho acto fue la venta de un bien inmueble a un tercero.

IV. Valoración crítica: inexistencia de un contrato entre las partes

13. Como es sabido, el foro general opera independientemente del tipo de proceso y de la materia objeto del litigio²⁵. Es cierto que el foro general puede ceder ante los foros de materias exclusivas, pero dicha posibilidad ya fue excluida por el Tribunal de Justicia en asuntos previos. Por tanto, únicamente cabe la posibilidad, a elección del demandante, del foro general o del foro especial en su caso. El foro general ofrece un criterio cierto y fiable, que se explica porque permite al demandado defenderse más fácilmente²⁶. Sin embargo, una excepción a la regla del *actor sequitur forum rei* solo puede establecerse por motivos justificados, habida cuenta de que se considera una manera de evitar procesos infundados.

14. Dado que no existe un contrato entre el tercero y la sociedad demandante, la extensión de la competencia especial en materia contractual puede resultar muy controvertida. El Tribunal de Justicia en el asunto *Feniks* considera que se halla comprendida dentro de la noción de materia contractual una acción como la pauliana con base en el contrato existente entre el acreedor y el deudor, cuyo vínculo con el demandado es muy débil. En efecto, “demasiado tenue y remota” que implicaría que cualquier acto jurídico posterior de una de las partes del contrato original pudiera calificarse siempre de materia contractual²⁷. Por tanto, no parece coherente establecer una competencia especial que debe interpretarse en principio restrictivamente²⁸ y luego ampliarla de tal forma que abarque materias que no están incluidas dentro de dicha previsión.

15. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede extraerse una preferencia por la calificación contractual en lugar de extracontractual²⁹. Sin embargo, en nuestra opinión, que la acción pauliana no esté incluida dentro de la materia delictual del artículo 7.2 del RBI *bis*, no convierte al artículo 7.1 en base para el establecimiento de una competencia en materia contractual. El art. 7.1 del RBI *bis* no es una norma de competencia superior al resto, por lo que también debe tenerse en cuenta la delimitación conceptual de la materia contractual.

16. En consecuencia, la interpretación autónoma de “materia contractual” no debiera realizarse de una forma tan amplia, que no se precise la conexión del demandado con el supuesto contrato que se establece como base para el ejercicio de la acción pauliana. El Tribunal de Justicia suele reiterar que la

²³ Asunto C-26/91, (EU:C:1992:268).

²⁴ STJUE de 4 de octubre de 2018, Asunto C-337/17, (ECLI:EU:C:2018:805), *Feniks*, ap. 26, (en adelante, *Feniks*).

²⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Navarra, Civitas, 2018, p. 89; y A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p. 786.

²⁶ STJCE de 19 de febrero de 2002, Asunto C-256/00, (Rec. Jurisp. 2002 I-01699), *Besix*, aps. 50 y 52.

²⁷ *Vid.* Conclusiones AG Bobek, *Feniks*, ap. 65.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, STJCE de 27 de septiembre de 1988, C- 189/87, (Rec. Jurisp. 1988 05565), *Kalfelis*, ap. 19.

²⁹ 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.

interpretación autónoma de la expresión “materia contractual” se debe a que resulta relevante garantizar la plena eficacia de los objetivos del sistema del Reglamento Bruselas I *bis*³⁰, así como garantizar la aplicación uniforme en los distintos Estados miembros. En principio, la multiplicación de criterios de competencia para un mismo tipo de litigio no favorece la seguridad jurídica ni la eficacia de la protección jurisdiccional en el conjunto de la UE³¹.

17. El Tribunal en el asunto Feniks comienza haciendo referencia a la importancia de la interpretación autónoma del concepto en “materia contractual”, descartando la remisión a que la calificación de la relación la realice la ley nacional aplicable a la relación jurídica sobre la que se pronuncia el tribunal nacional³². Probablemente el elemento más llamativo de dicha sentencia sea que la determinación de la competencia judicial internacional para conocer de la acción pauliana se justifica por la existencia de una obligación libremente consentida por una persona respecto de otra y en la que se basa la acción del demandante.

18. Tras traer a colación la jurisprudencia Reichert I y II, para definir la acción pauliana centrándose en la particularidad de los intereses del acreedor para realizar una posterior ejecución forzosa, el Tribunal considera que “no deja de ser cierto que tanto el derecho de garantía que tiene Feniks sobre el patrimonio de su deudor como la acción declarativa de la ineficacia de la compraventa celebrada por este con un tercero tiene su origen en las obligaciones libremente asumidas por Coliseum frente a Feniks a través de la celebración del contrato relativo a dichas obras”³³.

19. El Tribunal añade que la causa de la acción pauliana “radica fundamentalmente en el incumplimiento de las obligaciones que el deudor ha asumido frente al acreedor”³⁴. No parece que el deudor sea en el momento del ejercicio de la acción pauliana insolvente ni que se le haya reclamado directamente al deudor el pago del crédito debido. En el caso concreto, la acción no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento europeo de insolvencia, porque no es consecuencia directa de la insolvencia³⁵. En particular, no se había abierto un procedimiento de insolvencia contra Coliseum, por lo que la acción se comprende dentro del campo de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* en lugar del Reglamento de insolvencia.

20. El órgano jurisdiccional polaco remitente argumenta que a su juicio el caso presenta un vínculo con el contrato celebrado entre Azteca y Coliseum, cuya ineficacia pretende Feniks³⁶; pero el Tribunal de Justicia no se refiere al contrato de compraventa que se pretende tornar ineficaz, sino al contrato de obra entre el acreedor y deudor. Por tanto, nuevamente no resulta justificado, porque la existencia de un contrato entre el deudor y el demandado no es una razón suficiente para extender dicha competencia contractual a una demanda entre el acreedor y el tercero beneficiario. Primero, no existe una relación contractual entre el actor y el demandado, y la razón esgrimida por el tribunal polaco remitente, que es la que acoge el Tribunal, se basa en que el demandante tendría que interponer la acción declarativa de ineficacia en los distintos Estados miembros en los que se domicilie el tercero, beneficiario del acto que pretender impugnar³⁷. El Tribunal fundamenta su fallo en los principios de seguridad jurídica y de previsibilidad así como de la buena administración de justicia³⁸. De manera que el foro general debe ser completado a su juicio con el foro especial del artículo 7.1.a) del Reglamento Bruselas I *bis*. En con-

³⁰ Con respecto al Convenio de Bruselas, se interpretó por primera vez dicha expresión en la STJCE de 22 de marzo de 1983, Asunto C- 34/82, (Rec. Jurisp. 1983 00987), *Peters*, ap. 10. En adelante, *Peters*.

³¹ STJCE *Peters*, ap. 17.

³² Sentencia de 13 de marzo de 2014, *Brogssitter*, C548/12, (EU:C:2014:148), ap. 18.

³³ *Feniks*, ap. 42.

³⁴ *Feniks*, ap. 43.

³⁵ Esta delimitación entre el Reglamento Bruselas I *bis* y el Reglamento europeo de insolvencia parece correcta, *vid. Feniks*, aps. 30, 31.

³⁶ *Feniks*, ap. 22.

³⁷ *Vid. Feniks*, ap. 23.

³⁸ *Vid. Feniks*, ap. 44.

creto resulta dudoso que esta ampliación repercuta en la buena administración de justicia, así como que favorezca el objetivo de previsibilidad³⁹, habida cuenta de que se justifica con un contrato que no tiene conexión con el demandado.

21. Además, la justificación del Tribunal adolece de debilidad y carece de coherencia: “De no ser así, el acreedor se vería obligado a ejercitar su acción ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, foro previsto en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento nº 1215/2012, que puede estar exento de todo vínculo con el lugar de ejecución de las obligaciones del deudor frente a su acreedor”⁴⁰. Es precisamente la conexión o desconexión entre el lugar de ejecución de la obligación primitiva y el lugar donde adquiere eficacia el acto a rescindir lo que debería haber sido valorado⁴¹. En el supuesto, se trata de una compraventa de inmueble sito en Polonia adquirido por una sociedad española. ¿Hubiera sido el mismo resultado si el inmueble adquirido se encontrara en España?⁴² De acuerdo a la sentencia Feniks, igualmente tendrían competencia los tribunales polacos, cuando otros aspectos podrían ser considerados, como por ejemplo, el hecho de que la ineficacia del acto tiene relevancia para el registro inmobiliario español. Esta solución podría tener sentido si se vinculara con el contrato de compraventa que se pretende impugnar, o se tratara de una demanda dirigida al deudor domiciliado en el mismo lugar que el demandante; pero no cuando se interpone una acción pauliana a un tercero situado en otro Estado miembro, que en principio, no tiene por qué conocer la situación previa de su co-contratante. Aun así, se ha señalado que no sería correcto ni útil considerar la acción pauliana de naturaleza contractual, incluso teniendo en cuenta que el crédito del acreedor contra el deudor puede tener como base un acuerdo⁴³. Incluso se indicó que de la sentencia Reichert I se desprende que corresponde la competencia para conocer la acción pauliana a los tribunales del domicilio del demandado⁴⁴. También algunos autores consideraron que la acción pauliana no es ni materia contractual ni materia extracontractual a raíz de la Sentencias Reichert⁴⁵.

V. Contradicción con la jurisprudencia anterior en materia de exclusión de foro contractual

22. El Tribunal se aparta de la jurisprudencia Handte, porque dicho asunto hacía referencia al supuesto especial de una cadena de contratos internacionales. De manera que las obligaciones contractuales de las partes pueden variar de un contrato a otro; por lo que los derechos contractuales que el subadquirente puede invocar frente a su vendedor inmediato no son necesariamente los mismos que los asumidos por el fabricante en sus relaciones con el primer comprador⁴⁶. En el caso de Feniks, no se trata de una cadena de contratos internacionales, sino de dos contratos independientes entre sujetos distintos. Primero, los derechos derivados del contrato de promoción entre Feniks y Coliseum y segundo, el contrato de compraventa entre Coliseum y Azteca.

23. Cabe cuestionarse cuál es el lugar en que deba cumplirse la obligación que sirva de base a la acción pauliana. A esta cuestión tan complicada⁴⁷, el Tribunal, sin mayores explicaciones, considera que el

³⁹ Vid. Feniks, ap. 47. Según la sentencia, la solución responde al objetivo de previsibilidad.

⁴⁰ Feniks, ap. 45.

⁴¹ Vid. J. J. FORNER DELAYGUA, “La acción pauliana ante el TJCE (comentario a la sentencia de 10 de enero de 1990 del TJCE, as. C-115/88 Reichert)”, *loc.cit.*, p. 636.

⁴² Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Acción pauliana: el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales como fundamento de la competencia internacional”, con fecha de 15 de octubre de 2018, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>, última consulta 2/1/2019.

⁴³ Conclusiones del Abogado General Sr. Claus Gulmann, 20 de febrero de 1992, Asunto C-261/90, Reichert II, I-2164.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 16 de octubre de 2008, Asunto C-339/07, *Deko Marty Belgium*, ap. 32, refiriéndose al ap. 12 de la Sentencia Reichert I.

⁴⁵ Vid. L. CARBALLO PIÑEIRO, “La acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable”, *REDI*, vol. LXIV, 2012, 1, pp. 43-72, p. 44. También el comentario a la sentencia Reichert II de B. ANCEL, *Revue critique de droit international privé*, vol. 81, núm. 4, 1992, pp. 714-726. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Integridad del patrimonio y protección del crédito...*, *op.cit.*, pp. 26-34.

⁴⁶ Vid. STJCE de 17 de junio de 1992, Asunto C-26/91, Handte, ap. 17, en adelante Handte.

⁴⁷ Vid. U. GÖRANSON, “Actio pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention”, en Sumampow M. (ed.), *Law and Reality: Essays on national and international procedural law*, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, 1992, pp. 89-104, pp. 98-100.

lugar de cumplimiento de la obligación es Polonia; porque toma como referencia el contrato entre el acreedor y el deudor⁴⁸. Sin embargo, suscita dudas por qué debe tomarse como referencia el contrato originario entre Feniks y Coliseum del que Azteca no es parte ni tan siquiera se ha probado que tenga conocimiento de su existencia. El supuesto es más complicado, porque se trata de una relación triangular, cuya calificación puede mutar desde considerarla una acción por daños a una acción de naturaleza obligacional⁴⁹. No obstante, parece imposible determinar cuáles son las obligaciones contractuales del tercero adquirente con el acreedor del vendedor, base para la competencia del foro especial en materia contractual.

24. Por otra parte, debido a la complejidad de la norma de competencia del art. 7.1. a) del RBI *bis* existe el riesgo de que al demandado de manera injustificada, se le imponga tener que defenderse ante un foro con el que no tiene un vínculo real, lo cual no es favorable a una buena administración de justicia.

25. Además, la razón principal esgrimida por el Tribunal en el asunto Handte para excluir la competencia de los tribunales en materia contractual, se argumenta de modo distinto en el asunto Feniks. Fue fundamental la inexistencia de un vínculo contractual entre el subadquirente y el fabricante, que éste último no había asumido obligación de naturaleza contractual frente al primero⁵⁰. De este modo, dicha interpretación sirvió para excluir la aplicación del foro contractual en un litigio entre el subadquirente de una cosa y el fabricante no vendedor de la cosa.

26. Sin embargo, en la sentencia Feniks se fundamenta la acción pauliana en el incumplimiento del contrato que el deudor había asumido con el acreedor⁵¹, obviando su propia jurisprudencia sobre la existencia de una obligación jurídica libremente consentida por demandante y demandado⁵². A su vez, se llega incluso a justificar que no es importante la identidad de partes, sino la causa de la acción para subsumirse dentro de la regla de competencia especial en materia contractual⁵³.

VI. Falta de previsibilidad e incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica

27. ¿No es precisamente la existencia de un vínculo particularmente estrecho entre la controversia y el órgano jurisdiccional que puede conocerlo la razón de la atribución a ese órgano de una competencia especial?⁵⁴ Parece que lo determinante en la sentencia Feniks ha sido más el hecho de que quien adquiere un inmueble puede razonablemente esperar ser demandado ante los tribunales de lugar de ejecución de las obligaciones de su co-contratante, en caso de que el acreedor alegue que ese contrato obstaculiza indebidamente la ejecución de las obligaciones⁵⁵. Por tanto, no parece determinante que se trata de un bien inmueble, sino que esta justificación valdría para ampliar la competencia con respecto a todo tipo de bienes, en consideración al domicilio del que transfiere la propiedad sobre un bien.

28. En la sentencia comentada no se han ponderado los intereses del tercero, quien puede ser demandado por una acción pauliana, siguiendo esta solución, por todos los contratos de su contratante. Tal respuesta no sólo va en perjuicio del tercero de buena fe, sino que no analiza cómo puede calcular el tercero los riesgos de las actuaciones de la persona con la que contrató en las relaciones que mantiene éste último en el tráfico jurídico internacional. El foro previsto para la acción pauliana ordinaria a juicio de la doctrina es el domicilio del tercero beneficiario por el acto impugnado⁵⁶. En comparación la acción de

⁴⁸ Por ser el lugar de ejecución de las obras, según el art. 7.1.b) del Reglamento Bruselas I *bis*, *vid. Feniks*, ap. 46.

⁴⁹ *Vid. I. PRETELLI*, “Cross-border Credit protection...”, *loc.cit.*, p. 600.

⁵⁰ *Handte*, ap. 15.

⁵¹ *Feniks*, ap. 43.

⁵² Sentencias de 20 de enero de 2005, Asunto C-27/02, *Engler*, ap. 51; de 18 de julio de 2013, Asunto C-147/12, *ÖFAB*, ap. 33; y de 21 de enero de 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic*, ap. 44.

⁵³ *Feniks*, ap. 48.

⁵⁴ *Vid. STJCE* de 22 de marzo de 1983, Asunto C- 34/82: *Peters*, ap. 11.

⁵⁵ *Feniks*, ap. 47.

⁵⁶ *Vid. L. CARBALLO PIÑEIRO*, *Acciones de reintegración de la masa ...*, *op.cit.*, p. 143.

reintegración de la masa o revocatoria concursal es atraída al foro concursal, es decir, al foro del centro de intereses principales del deudor por aplicación del Reglamento europeo de insolvencia. Por una parte, en sede de insolvencia se encuentra justificado por el equilibrio de intereses en presencia que sean los tribunales donde se abre un procedimiento concursal contra el deudor los que tengan competencia para conocer de la acción pauliana contra tercero. Se produce un “justo medio” entre los intereses de los acreedores perjudicados y el tercero, porque ambos pueden prever el centro de intereses principales del deudor⁵⁷.

29. Por otra parte, el TJUE cuando se refiere a la unificación de las normas sobre conflictos de jurisdicción recuerda que deben presentar un alto grado de previsibilidad citando la sentencia de 14 de julio de 2016 (Asunto C196/15, *Granarolo*⁵⁸) y más adelante el considerando 16 del Reglamento n° 1215/2012. Sin embargo, se aparta tanto del considerando 15 del citado Reglamento como de la propia sentencia citada; en particular, no interpreta en modo estricto las reglas de competencias especiales⁵⁹. De modo que impone un foro internacional que puede suponer una carga irrazonable para el demandado en el ejercicio de su derecho de defensa.

30. Además, parece que se tiene en cuenta que la acción pauliana pueda estar vinculada a la mala fe en el caso concreto, lo que estaría prejuzgando el fondo del asunto, cuando al Tribunal le corresponde emitir una respuesta previa desde el punto de vista del Derecho internacional privado europeo. No han faltado las primeras manifestaciones que son contrarias a la resolución del Tribunal⁶⁰. En particular, la determinación de la competencia judicial internacional es una cuestión anterior a la resolución sobre el fondo. La difuminación de ambas etapas no es positiva para una buena administración de justicia, porque va en merma de la seguridad jurídica que obliga a una interpretación jurídica *ex ante*. A nuestro juicio, el Abogado General Bobek acierta en la formulación de su respuesta que debe ser con carácter general, es decir, con independencia de los hechos del caso concreto⁶¹. Cabe cuestionarse, por tanto, la mayor flexibilidad con respecto a la competencia de los tribunales para conocer de una acción en materia contractual, cuando no resulta previsible que el demandado pueda serlo ante los tribunales de un Estado donde deba cumplirse una obligación contractual de la cual no ha formado parte.

31. En consecuencia, no debe resultar indiferente quien asume la obligación libremente, pues el foro en materia contractual es una alternativa que se configura como una excepción a los tribunales del domicilio del demandado⁶². A juicio del Tribunal no es relevante la identidad de partes, sino la causa de la acción para invocar la competencia del tribunal⁶³. Esta solución es ciertamente controvertida, ya que sería más coherente considerar que la competencia del artículo 7.1 a) del Reglamento Bruselas I *bis* se refiere al concreto demandado, que es parte del contrato base de la atribución de dicha competencia, ya que fue él quien asumió las obligaciones.

32. El hecho de que no haya un criterio que atribuya competencia a un tribunal distinto del tribunal del domicilio del demandado, no debería obstar a que la acción pudiera someterse a una ley distinta de la *lex fori* según su norma de conflicto. Dado que la acción pauliana trata de determinar la inoponibilidad de las transmisiones fraudulentas frente al acreedor, éste debiera demandar sujetándose al foro general. Además, la acción pauliana puede dirigirse contra cualquier acto en perjuicio de los acreedores y no solamente en base a un contrato. Por tanto, la posibilidad de foros alternativos no considera los cos-

⁵⁷ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Competencia judicial internacional para acciones en fraude de terceros”, *La Ley Unión Europea*, n°65, 2018, epígrafe IV, donde compara la acción pauliana extraconcursal con la concursal.

⁵⁸ Asunto C196/15, *Granarolo*, (EU:C:2016:559).

⁵⁹ *Vid.* Compárense los aps. 36-37 con los aps. 43-44, *Feniks*.

⁶⁰ T. LUTZI, “Forcing a Square Peg into a Round Hole- The Actio Pauliana and the Brussels Ia Regulation”, de 4 de octubre de 2018, disponible en <http://conflictoflaws.net/>, última consulta 2/1/2019. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Competencia judicial internacional para acciones en fraude de terceros”, *loc.cit.*

⁶¹ Conclusiones AG Bobek, *Feniks*, Aps. 96 y 97.

⁶² En la misma línea, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Competencia judicial internacional para acciones en fraude de terceros”, *loc.cit.*, epígrafe III.

⁶³ *Feniks*, ap. 48. Compárense con el ap. 54 de las Conclusiones del AG Bobek.

tes para la tutela judicial efectiva ni tampoco los efectos relativos al incremento de costes económicos en las transacciones internacionales que desencadena su sentencia.

33. En definitiva, si el foro alternativo no es previsible, no resulta compatible con el principio de seguridad jurídica.

VII. Conclusión final

34. En el Asunto Feniks el Tribunal considera que la acción pauliana se haya comprendida dentro de una regla de competencia especial. La solución a la que llega el Tribunal consiste en incluir la acción pauliana ejercitada contra tercero dentro del foro en materia contractual con referencia en el contrato asumido por acreedor y deudor. Por una parte, dicho resultado es coherente con la jurisprudencia previa que excluía la acción pauliana de la competencia exclusiva en derechos reales y de la relativa a ejecución de sentencias, del foro en materia delictual o cuasidelictual y del foro relativo a las medidas provisionales o cautelares. Por otra parte, con la interpretación extensiva de lo que se considera “materia contractual” a efectos del foro del artículo 7.1.a) del Reglamento Bruselas I *bis* puede tener como consecuencia que produzca determinados efectos negativos la inclusión de la acción pauliana en un foro en materia contractual. La amplia interpretación del Tribunal de Justicia podría dar lugar a incertidumbres jurídicas en las transacciones en el futuro que no benefician el tráfico jurídico internacional, pues exponen a un tercero a poder ser demandado en otro Estado miembro con base en obligaciones contractuales de las que el demandado no forma parte. De este modo, se pone en tela de juicio el principio de buena administración de justicia, al no tener que existir vinculación entre el tercero y los tribunales que se declaran competentes con fundamento un foro especial.

35. Además, no parecen haberse ponderado los intereses en conflicto de los acreedores presuntamente perjudicados con los del tercero a cuyo favor el deudor realizó un acto dispositivo. La sentencia se inclina por la parte acreedora, lo cual es loable desde el punto de vista de la protección del crédito; pero no es menos cierto que debe existir también una protección del demandado, al que con carácter general no puede obligársele a defenderse ante un foro extranjero si no existe una conexión más estrecha del litigio con tal foro extranjero. Dado que se abre la posibilidad a que el acreedor utilice con carácter alternativo el foro del domicilio del demandado o el foro contractual en materia de ejercicio de acción pauliana, también se obliga a que el tercero prevea ser demandado potencialmente en varios Estados cuando las relaciones contractuales del contratante con el tercero son internacionales.

36. En consecuencia, con este pronunciamiento se permite que el demandante influya en la elección de un tribunal imprevisible para un demandado con domicilio en otro Estado miembro. En particular, se relaja el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia, porque resulta muy controvertido que quien ha celebrado un contrato de compraventa de un bien pueda razonablemente esperar ser demandado ante los tribunales del lugar de ejecución de las obligaciones de otro contrato entre su co-contratante y su acreedor, del que el demandado no sólo no es parte sino que ni tan siquiera se exige su conocimiento.

LA CONSOLIDACIÓN DE UNA LÚCIDA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE POLIGAMIA Y PENSIÓN DE VIUDEDAD: LA STSJ DE ANDALUCÍA DE 24 DE MAYO DE 2018

THE CONSOLIDATION OF A LUCID CASE LAW ON POLYGAMY AND PENSIONS: THE DECISION OF THE HIGHER COURT OF ANDALUSIA OF MAY 24, 2018

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado:30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4653>

Resumen: Durante el año 2018 los tribunales españoles tuvieron que pronunciarse en diferentes ocasiones sobre los efectos legales que en España pueda tener el matrimonio poligámico celebrado válidamente en el extranjero. La institución de la poligamia es progresivamente una figura cada vez menos ajena a nuestro entorno jurídico, dada la reiteración con que se plantea ante nuestros órganos jurisdiccionales. Esta reincidencia es en gran medida responsable del progresivo cambio de la percepción judicial española ante esta figura: del rechazo absoluto y sin matices a la admisión de ciertas consecuencias jurídicas, en aras de una interpretación tuitiva de la poligamia. Así lo evidencia la sentencia que aquí se analiza, que reconoce el derecho a la pensión de viudedad de la una ciudadana española que había contraído matrimonio poligámico en Marruecos con un nacional de dicho país. Con esta decisión, el TSJ de Andalucía ratifica y consolida su lúcida línea interpretativa en esta materia, desde hace años partidaria de aplicar la doctrina del orden público atenuado a una institución plagada de matices, que casan mal con apreciaciones radicales y simplistas.

Palabras clave: orden público internacional, pensión de viudedad, poligamia, Derecho internacional privado.

Abstract: During the year 2018 the Spanish courts issued various judgments on the legal effects that in Spain may have the polygamous marriage legally celebrated abroad. The polygamous marriage is less and less unknown for the Spanish legal system, because is a matter frequently submitted to our courts. The reiteration of these demands has helped to change the judicial perception of this institution: from the absolute rejection to the admission of some legal effects, because of a protective interpretation of polygamy. The decision of the Higher Court of Andalusia of Mai 24, 2018 is an illustrative example of this, by the recognition of widow's pension to a Spanish woman who got a polygamous marriage to a Moroccan national in Morocco. This sentence confirms and consolidates the lucid case law of Andalusian Court, traditionally in favour of attenuated public policy for an institution with many shades, not adequate for simplistic and radical interpretations.

Keywords: public policy, widow's pension, polygamy, private international law.

Sumario: I. El matrimonio poligámico: una institución no tan desconocida para el ordenamiento español. II. Los antecedentes de hecho de la STSJ de Andalucía de 24 mayo de 2018. III. La fundamentación jurídica: un avance en la línea interpretativa andaluza. IV. Conclusión: la consolidación de un acierto judicial, veinte años después.

I. El matrimonio poligámico: una institución no tan desconocida para el ordenamiento español

1. Desde el punto de vista de la jurisprudencia española, el año 2018 fue pródigo en decisiones en torno a una materia tradicionalmente calificada de “institución desconocida” para el ordenamiento español y que acaso después de este momento cronológico ya no quepa seguir conceptualizando como tal: el matrimonio poligámico¹. Aun siendo una figura que presenta enormes diferencias con el matrimonio regulado por el ordenamiento español (hasta el punto de haber sido calificado de institución que repugna a nuestro sistema jurídico²), el matrimonio poligámico en absoluto constituye una institución novedosa para nuestros tribunales, que presentan ya una larga trayectoria de decisiones en esta materia³. Las resoluciones dictadas en 2018 no son sino un paso más en este recorrido, que cabe vaticinar que seguirá teniendo un desarrollo judicial en el futuro, habida cuenta de dos factores determinantes: el alto índice de nacionales originarios de países que admiten la poligamia residentes en España, especialmente, subsaharianos, y la escasa regulación del ordenamiento español en la materia, lo que genera una alta litigiosidad e interpretaciones judiciales excesivamente divergentes.

2. Como es sabido, el matrimonio poligámico encuentra su base jurídica en el Corán, concretamente en la sura 4, ayat 3, que al tiempo que lo consagra establece el límite máximo de cuatro esposas⁴. Además de dicho límite, el mismo precepto establece una ulterior condición implícita: la proscripción de la poligamia cuando no existan garantías de trato equitativo hacia las diversas esposas, puesto que dicha igualdad de trato constituye la esencia del matrimonio poligámico⁵. Se trata de una institución de profundo arraigo en la tradición islámica, cuya práctica se remonta a la época preislámica y que refleja fielmente sus planteamientos patriarcales⁶. De hecho, los ordenamientos islámicos restringen esta modalidad matrimonial a lo que estrictamente se denomina poliginia -un varón, varias esposas- siendo la poliandria una variedad proscrita por el Islam⁷.

3. Existen multitud de Estados que admiten el matrimonio poligámico, si bien difieren en cuanto a las restricciones impuestas al mismo. No obstante, en los últimos tiempos ha experimentado cierta recesión, siendo prohibida en algunos países tradicionalmente tolerantes con ella, y limitada en cuanto a sus condiciones de ejercicio en otros Estados que aún la contemplan. En el primer caso se encuentra Túnez, único país árabe que prohíbe la poligamia, un hecho significativo si tenemos en cuenta que constituye el Estado más igualitario del mundo árabe⁸. En el segundo grupo destaca Marruecos, donde la última

¹ En efecto, pese a la identidad terminológica, el matrimonio poligámico no resulta coincidente con su figura homónima en el Derecho español, toda vez que ésta no abarca las uniones entre más de dos personas. Desde el punto de vista de la calificación, ello plantea un relevante problema aplicativo, toda vez que la tesis de los conceptos amplios positivos difícilmente puede ser aplicada a los artículos 49 y 50 del Código civil español. *Vid. al respecto, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional Privado, volumen I, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, p. 484.*

² SSTs de 26 febrero 2010 (RJ 2010\1571), de 14 julio 2009 (RJ 2009\7068), y 19 junio 2008 (RJ 2008\6478).

³ En efecto, veinte años han pasado ya desde la pionera sentencia dictada el 13 de julio de 1998 por el Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña (AS 2001/1493) que por primera vez en nuestro país, reconoció el derecho a la pensión de viudedad a las dos esposas de un trabajador senegalés, otorgando también a los hijos habidos con ambas las respectivas pensiones de orfandad, pronunciamientos que serían confirmados por la STSJ de Galicia de 2 abril 2002 (AS 2002/899).

⁴ “*Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal*”.

⁵ Esta exigencia coránica fue tradicionalmente interpretada por algunos autores como una prohibición implícita de la poligamia, si bien dicha interpretación casa mal con la propia existencia de la figura, siendo a nuestro juicio más razonable considerarla un límite o si se prefiere, un principio rector del matrimonio poligámico, puesto que la concesión del título de ‘esposa’ a más de una mujer persigue evitar diferencias legales entre aquellas con las que un mismo hombre mantenga una relación de idéntico carácter y contenido. En el sentido apuntado, A. PEARL, *Texbook on Muslim Law*, Londres, 1979, p. 77; K. HODGKINSON, *Muslim Family Law*, Londres, 1984, p. 95; I. RIOSALIDO GAMBOTTI, *Compendio de Derecho islámico*, Madrid, 1993, p. 111.

⁶ C. PÉREZ BELTRÁN, *Estatuto jurídico de la mujer argelina: matrimonio y divorcio*, Universidad de Granada, 1991, p. 39; en el mismo sentido, T.M. Estévez Brasa, *Derecho civil musulmán. Precedido de una introducción al advenimiento del Islam*, Buenos Aires, 1981, p. 397.

⁷ T. GIMÉNEZ BARBAT, “La legalización de la poligamia”, *Claves de Razón Práctica*, nº 187, nov. 2008, p. 2.

⁸ Además de otorgar a la mujer un estatus inédito en este ámbito geográfico, Túnez destaca por su precocidad en abrazar esta concepción, ya que su Código de Estatuto Personal fue aprobado el 13 de agosto de 1956, aboliendo instituciones discriminatorias para la mujer como la poligamia y el repudio. *Vid. S. CHARFI, “Turquía y Túnez: feminismo en tierra del islam”*,

reforma del Código de Familia Marroquí (*Mudawana*) introdujo severas restricciones a la posibilidad de desposar más de una mujer⁹. Entre ellas, la obligación de respetar escrupulosamente la igualdad de trato entre las esposas, el deber de información hacia la esposa actual y la futura, y la autorización judicial para contraer matrimonio poligámico¹⁰.

4. Como se ha dicho, el año 2018 ha sido pródigo en resoluciones judiciales que abordan la figura de la poligamia¹¹, pero reiteramos que tal prodigalidad no indica en absoluto novedad, pues esta institución viene siendo desde hace décadas analizada por la jurisdicción española desde todos los órdenes judiciales que la integran¹². Significativamente, las resoluciones emitidas en 2018 por nuestros tribunales, incluyendo la que aquí examinamos, se pronuncian sobre la cuestión de la pensión de viudedad generada como consecuencia de un matrimonio poligámico, y en concreto, sobre el derecho -o falta de él- de la segunda esposa a percibir dicha prestación¹³. Una cuestión de enorme trascendencia si tenemos en cuenta de que de su efectiva percepción depende a menudo la propia supervivencia de su beneficiaria.

II. Los antecedentes de hecho de la STSJ de Andalucía de 24 mayo de 2018.

5. Abordamos ahora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1589/2018 de 24 mayo¹⁴, que resolvió el recurso de suplicación presentado por una ciudadana española frente a la denegación por parte del Juzgado de lo Social de Ceuta del derecho a percibir una pensión de viudedad, mediante sentencia de 9 de febrero de 2017. Con anterioridad, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) había denegado dicha pretensión “*por no quedar demostrada la validez del matrimonio*”¹⁵, una consideración que el citado Juzgado hizo suya, llevándole a confirmar esta negativa.

6. El supuesto de hecho era el siguiente: en el año 2004, una nacional española contrae matrimonio por el rito coránico en Tetuán con un ciudadano marroquí ya casado con otra mujer, circunstancia

Gran Angular, Afkar/Ideas, primavera 2011, p. 32; I. LOBO, “La igualdad formal y la igualdad efectiva en Túnez”, *Ponencia presentada en el Encuentro Internacional “Estrategias para los Derechos de las Mujeres en El Mediterráneo”*, El Prat de Llobregat, 16-19 noviembre 2006.

⁹ *Mudawwanat al ahwal-achchakhsya*, de 10 de septiembre de 1993, cuyo preámbulo declara que “no podéis tratar a todas vuestras mujeres con igualdad, aunque pongáis empeño en ello (...) el Altísimo descarta la hipótesis de una equidad perfecta (...), lo que hace la poligamia prácticamente imposible legalmente” (*La Mudawana. El Código de Familia en Marruecos*, Junta de Andalucía, Asociación de Trabajadores e Inmigrantes Marroquíes en España, Madrid, 2008, p. 14).

¹⁰ La autorización judicial es condición del validez del matrimonio (art. 41.4º) y será denegada si el juez estima que puede provocar un tratamiento injusto entre las esposas (art. 31.4º). P. DIAGO DIAGO subraya la relevancia de este requisito, indicando que esta reformas del ordenamiento marroquí otorgó a la poligamia un “*carácter cualificado y excepcional, sometida a control judicial*” (“La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. LVI, (2) 2004, pp. 1078-1083. En el mismo sentido, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 3, 2004, pp. 877-900).

¹¹ Cronológicamente, las resoluciones que abordaron esta reclamación durante este año fueron la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 84/2018, de 24 de enero (RJ 2018\130); la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, núm. 139/2018, de 15 de marzo (RJCA 2018\677); la STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 1589/2018 de 24 de mayo; y la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, núm. 306/2018, de 14 de junio (JUR\2018\228794).

¹² Un estudio sobre el tratamiento del matrimonio poligámico en los distintos órdenes jurisdiccionales españoles puede verse en P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 23, junio 2012, pp. 1-45. Más recientemente, y centrado en la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta muy interesante el trabajo de M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2018), Vol. 10, N° 1, pp. 94-126.

¹³ En este sentido, además de la resolución objeto de este trabajo, hay que citar la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 84/2018, de 24 de enero (RJ 2018\130) y la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, núm. 306/2018, de 14 junio (JUR\2018\228794). Un magnífico y detallado análisis de la primera puede verse en M.J. VALVERDE MARTÍNEZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público atenuado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2018, Vol. 10, N° 2, pp. 718-731.

¹⁴ JUR\2018\211346.

¹⁵ Quinto Antecedente de Hecho.

conocida por la contrayente. Posteriormente, el marido adquiere la nacionalidad española, que mantiene en el momento de su fallecimiento, acaecido en septiembre de 2014. Solicitada por la segunda esposa la pensión de viudedad ante el INSS, ésta es denegada en marzo de 2015 sobre la base del ya citado argumento: la no acreditación de la validez del matrimonio.

7. Confirmada esta negativa por el Juzgado de lo Social, en el recurso de suplicación presentado ante el TSJ de Andalucía, además de denunciar la vulneración de los artículos 14 y 39 de la Constitución, la actora invocaba una sentencia dictada el 18 de junio de 2015 por el mismo órgano jurisdiccional, si bien por la Sala de lo Social con sede en Málaga, que resolvía en sentido contrario un supuesto sustancialmente idéntico¹⁶. Ambas argumentaciones fueron acogidas en suplicación, declarando el TSJ el derecho a la percepción de la pensión reclamada y afianzando con ello en la Comunidad Autónoma Andaluza una línea jurisprudencial en esta materia que hoy puede considerarse ya asentada¹⁷.

III. La fundamentación jurídica: un avance en la línea interpretativa andaluza

8. El pronunciamiento del TSJ se sustenta fundamentalmente en dos razonamientos, uno formal y otro sustancial. El primero se refiere a la irrelevancia del requisito de la inscripción registral del matrimonio a los efectos del derecho a la pensión de viudedad. El segundo, al contenido material del requisito vincular exigido para el devengo y correlativa percepción de dicha prestación.

9. El primer argumento recuerda que la inscripción en el Registro Civil no es un requerimiento esencial a efectos de acceso de la pensión de viudedad, una cuestión ya resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 15 de noviembre de 2004¹⁸. Antes al contrario, advertía el Alto Tribunal de que siendo la inscripción un factor que “*nada añade a la existencia de un vínculo matrimonial*”, convertirla en un elemento definitorio del ‘matrimonio legítimo’ supone “*la creación de una desigualdad artificiosa y arbitraria*”. Se desbloquea así un obstáculo a la efectiva percepción de la pensión que de otra forma hubiera resultado insalvable, habida cuenta de que el orden público internacional impide, hoy por hoy, que accedan al Registro Civil español los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en el extranjero¹⁹. Es lo que la doctrina denomina “efectos jurídicos nucleares”, frente a los que se alza con todo rigor la mencionada excepción, que no obstante se atenúa notablemente ante los llamados “efectos jurídicos periféricos”²⁰.

10. El segundo argumento empleado por el Tribunal afecta directamente al contenido sustancial de la pensión de viudedad conforme viene regulada en el artículo 219 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS)²¹, si bien su análisis se efectúa sobre su predecesor, el artículo 174 LGSS 1991²², aplicable al supuesto enjuiciado. Con idéntico tenor literal, ambos preceptos atribuyen el derecho a esta prestación al “cónyuge superviviente”, condición que el Tribunal andaluz estima aquí plenamente concurrente en la persona de la segunda esposa del trabajador fallecido. En este punto, admite que pese a no existir unanimidad judicial al respecto, considera más acertada la tradicional línea interpretativa seguida por la jurisprudencia andaluza citada, conforme a la cual, el estado civil de viudo “*sólo es asignable a la persona a la que se le*

¹⁶ STSJ Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 1036/2015, de 18 de junio (AS 2015\1520).

¹⁷ Se suman así estas decisiones a otras más veteranas del Tribunal Superior andaluz, que ya abrieron esta senda interpretativa, a nuestro juicio plenamente acertada: Sentencia núm. 1559/1998, de 10 de julio (AS 1998\3559); y Sentencia núm. 159/2003, de 30 de enero (JUR 2003\96144).

¹⁸ STC nº 199/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 199).

¹⁹ *Vid.*, entre otras muchas, RRDGRN núm. 202/2015, de 28 agosto (JUR 2016\43483); núm. 34/2014, de 24 abril (JUR 2015\81863); núm. 2/2001, de 14 mayo (RJ 1728), por citar las más recientes.

²⁰ Sobre la progresiva articulación y consecuencias jurídicas de la doctrina del orden público atenuado en el ámbito del matrimonio poligámico, *vid.* la minuciosa exposición con el reflexivo análisis realizado por M.J. VALVERDE MARTÍNEZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Poligamia en Marruecos...”, *cit.*, esp. pp. 724-728.

²¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 octubre 2015).

²² Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 junio 1994).

ha muerto el cónyuge, es decir, a la que se le ha muerto la persona unida a ella en vínculo matrimonial, condición que viene determinada por la circunstancia de matrimonio-convivencia matrimonial”.

11. La obviedad de esta afirmación no debe hacer creer que esconde un razonamiento tautológico o repetitivo. Antes al contrario, tiene la virtud de despejar categóricamente dos dudas de no poca relevancia que venían suscitándose respecto al ámbito de aplicación personal de concepto: la posible inclusión en él de las situaciones de convivencia de hecho y de los supuestos de matrimonios poligámicos. Con esta afirmación, el TSJ expulsa del concepto a las parejas de hecho, y deja meridianamente claro que la poligamia sí genera el vínculo matrimonial legalmente exigido para poder optar a una pensión de viudedad.

12. En nuestra opinión, *ésta es la interpretación más acorde* con las normas que regulan la materia en el sistema legal autónomo español. A saber: la sumisión de la capacidad nupcial a la ley personal de los contrayentes (art. 9.1 Cc); la admisión de la validez del matrimonio contraído por español en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 Cc); y la concesión de efectos civiles al matrimonio islámico desde el momento de su celebración (art. 7.1 Ley 26/1992²³). La concurrencia de estos requisitos legales abre la puerta a la aplicación del Convenio sobre Seguridad entre España y Marruecos firmado el 8 de noviembre de 1978²⁴. En concreto, a su artículo 23 que dispone la distribución de la pensión de viudedad generada por un trabajador marroquí *“por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”.*

13. En el caso de autos, el matrimonio celebrado entre la nacional española y el ciudadano marroquí que se encontraba ya casado resultaba válido a efectos de aquel ordenamiento, siendo así que el contrayente poseía capacidad nupcial conforme a su ley personal, y que esta modalidad matrimonial tiene plenos efectos jurídicos en el Derecho marroquí, quedando así acreditada la condición legal de viuda de la demandante. Como hemos dicho, la validez de un matrimonio contraído en el extranjero por nacional español -en este caso, española- se extiende a nuestro sistema legal *ex* artículo 49 Cc. Sentada esta corrección formal, quedaba por despejar la incógnita del posible alzamiento de la barrera del orden público frente a una unión matrimonial poligámica, habida cuenta de las profundas rémoras que dicha institución presenta a la luz del ordenamiento español, tanto por contravenir el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación como por no respetar el principio esencial del matrimonio que constituye la monogamia.

14. Al afrontar esta posibilidad, el TSJ de Andalucía -a nuestro juicio, con gran lucidez- sigue la senda marcada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de enero de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Si bien se resolvía aquí un supuesto algo diferente, de reclamación de la pensión de viudedad en el régimen de Clases Pasivas, el TSJ considera plenamente aplicables sus razonamientos al caso enjuiciado, donde esta prestación se solicitaba en el Régimen General de la Seguridad Social. Para resolver la cuestión, el análisis del Tribunal Supremo partía justamente de determinar si la situación de poligamia del causante marroquí constituía una razón de orden público que justificase la denegación de la pensión de viudedad. Al pronunciarse negativamente, la Sala de lo Contencioso constituye una impecable construcción jurídica asentada sobre la doctrina del orden público atenuado, lo que debe ser aplaudido por razones de coherencia legal y justicia material.

15. En esencia, esta argumentación viene a poner el foco donde siempre debería haber estado: en la situación, fáctica y legal, de las mujeres que habiendo contraído un matrimonio válido fuera de nuestro país, se encuentran que éste no les otorga la protección legal que creían aparejada a esta institución, ni reconoce las legítimas expectativas de quienes se consideraban titulares legales de ciertos derechos, como en este caso, la percepción de la pensión reclamada. Sobre esta consideración tan lúcida con dicha situación y tan coherente con el carácter excepcional del orden público, la STS de enero de 2018 va más allá, al extender la aplicación del artículo 23 del Convenio hispano-marroquí a un supuesto al que literalmente no

²³ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE núm. 272, de 12 noviembre 1992).

²⁴ Instrumento de ratificación de 5 de julio de 1982 (BOE núm. 245, de 13 octubre 1982).

resultaba aplicable, al excluir las cotizaciones cubiertas por el régimen español de clases pasivas. Como agudamente explican VALVERDE y CARRASCOSA, el gran mérito de esta resolución ha sido extraer, “*mediante analogía iuris*”, un principio básico del Convenio y aplicarlo a un supuesto formalmente no sometido a él²⁵. El artículo 23 sigue la tesis del orden público internacional atenuado, que permite desplegar en España algunos de los efectos -periféricos- del matrimonio poligámico, como la pensión de viudedad, aunque no sea reconocido ni inscrito como matrimonio en el Registro Civil español.

16. Este razonamiento judicial es plenamente aceptado por el Tribunal Superior de Andalucía, que lo aplica al supuesto de autos, y declara el derecho de la demandante a percibir la pensión de viudedad solicitada. Sobre la base del artículo 23 del Convenio hispano-marroquí, dispone el Tribunal que el importe de la prestación, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser beneficiarias de la misma conforme a la legislación marroquí. Y ello, subraya el órgano judicial, sin que pueda impedir esta conclusión el hecho de que la actora tuviera la nacionalidad española cuando contrajo matrimonio en Marruecos con un súbdito de aquel país, puesto que la aplicación al caso del artículo 9.2 del Código civil sometería los efectos del matrimonio al ordenamiento marroquí, que le concede plena validez y efectos jurídicos.

IV. Conclusión: la consolidación de un acierto judicial, veinte años después.

17. Desde las primeras sentencias que abordaron los potenciales efectos legales de los matrimonios poligámicos en España, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía adoptó una línea interpretativa especialmente lúcida, acertada, y hoy podemos decir que progresista. Aquellas pioneras decisiones supieron ver lo que otros órganos judiciales, con el Tribunal Supremo a la cabeza, han tardado décadas en percibir: que la excepción de orden público no debe alzarse en todo caso -con rigor y sin matices- frente al matrimonio poligámico, y que esta nuestro sistema legal posee un amplio margen aplicativo que permite conjugar la preservación de sus principios básicos con la adopción de decisiones justas y tuitivas para quienes se ha venido considerando las ‘víctimas’ de la poligamia: las sucesivas esposas. Por ejemplo, como en este caso, incardinándola dentro del concepto legal de viuda recogido en la legislación española de sobre Seguridad Social. Esta visión la tuvo también el legislador español, si bien de forma sectorial, que la plasmó en sendos convenios bilaterales con Marruecos y Túnez, reconociendo a las múltiples viudas de un trabajador polígamo como titulares del derecho a la prestación por viudedad.

18. En 1998 el Tribunal Superior andaluz se declaró partidario de reconocer la condición legal de viuda a la esposa de un trabajador autónomo fallecido tras adquirir, como ella, la nacionalidad española²⁶. Ya entonces rechazó el Tribunal la alegada falta de inscripción en el Registro Civil español de dicho matrimonio que esgrimió el INSS como motivo de denegación. Al respecto, afirmó el TSJ -como haría años después el Tribunal Constitucional- que éste no constituye una condición esencial constitutiva del matrimonio, sino un mero requisito *ad probationem*, que en modo alguno podía privar de eficacia a un matrimonio celebrado conforme a la legislación marroquí.

19. Veinte años después, el Tribunal Superior ratifica aquella jurisprudencia con esta sentencia, completando su fundamentación jurídica con el Convenio hispano-marroquí, cuyo espíritu sabe leer de forma muy precisa, en la línea marcada por la STS de 24 de enero de 2018: si el Estado español reconoce en este tratado efectos atenuados a los matrimonios poligámicos, no cabe oponer la excepción de orden público a los supuestos -como el abordado- que no se encuentran estrictamente dentro de su ámbito de aplicación.

20. En consecuencia, esta decisión constituye una buena noticia por un doble motivo: porque consolida una línea judicial acertada -pero no siempre entendida y compartida por los tribunales españoles-, y porque mejora y amplía esta jurisprudencia, otorgándole una base legal aún más sólida y haciéndola más operativa -y por tanto, más útil- al cubrir supuestos no regulados expresamente por normas positivas.

²⁵ “Poligamia en Marruecos...”, cit., P. 729.

²⁶ Sala de lo Social, Málaga Sentencia núm. 1559/1998, de 10 de julio (AS 1998\3559).

UNA VICTORIA (PÓSTUMA) DE LAS VIUDAS
DE LA POLIGAMIA DEL SÁHARA ESPAÑOL: LA STSJ
DE MADRID DE 14 DE JUNIO DE 2008

A (POSTHUMOUS) VICTORY FOR THE WIDOWS OF THE
POLYGAMY IN THE SPANISH SAHARA: THE DECISION
OF THE HIGHER COURT OF MADRID OF JUNE 14, 2018

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 14.01.2019 / Aceptado: 30.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4654>

Resumen: El año 2018 resultó especialmente pródigo en resoluciones judiciales en torno a la poligamia, concretamente sobre la cuestión de la pensión de viudedad de las múltiples esposas concurrentes en un matrimonio polígamo. Estas decisiones destacan por su lucidez y su coherencia a la hora de abordar una demanda no siempre bien entendida y resuelta por nuestros tribunales de justicia. La Sentencia de 14 de junio de 2018 dictada por el Tribunal de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, es un ejemplo de ello. La resolución declara el derecho de segunda esposa de un soldado español de la Policía Territorial del Sáhara a percibir la pensión de viudedad generada por éste. Además de la correcta aplicación de la doctrina del orden público atenuado, esta sentencia tiene del mérito de consolidar la línea interpretativa seguida hasta la fecha por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, acogiendo la senda marcada por la STS de 24 de enero de 2018, que supone un giro jurisprudencial en el Alto Tribunal.

Palabras clave: orden público internacional, Sáhara español, pensión de viudedad, poligamia, Derecho internacional privado.

Abstract: In the course of 2018 several sentences about polygamy were made by the Spanish courts, with more specific regard to widow's pension. These decisions are fully consistent with a demand not always understood and settled by ours courts. The decision of the Higher Court of Madrid of June 14, 2018 is a recent example of this. This sentence recognizes the right of the second wife of a Spanish soldier of the Territorial Police of the Sahara to receive the widow's pension. The resolution correctly applies the attenuated public policy and consolidates the Higher Court's previous case law in this matter, following a change in the case law of the Supreme Court's decision of January, 24, 2018.

Keywords: public policy, Spanish Sahara, widow's pension, polygamy, private international law.

Sumario: I. El supuesto de hecho: la alargada herencia del Sáhara español. II. El fundamento jurídico: la alargada sobra del Tribunal Supremo. III. Conclusión: un justo (aunque póstumo) triunfo.

I. El supuesto de hecho: la alargada herencia del Sáhara español.

1. Ya avanzado el siglo XXI, el Sáhara español continúa suscitando interesantes y peliagudas cuestiones jurídicas a nuestros tribunales de justicia, y durante el año 2018 resultó especialmente reiterativa la de la prestación por viudedad dentro del matrimonio poligámico¹. Tal fue la cuestión abordada y resuelta por la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2018. Una decisión que presenta especial trascendencia, por haber modificado profundamente la anterior línea interpretativa del órgano judicial madrileño.

2. Los hechos -“el sustrato fáctico”, en palabras del TSJ- que dieron lugar a esta importante decisión se produjeron en el llamado Sáhara español, provincia que poseyó nuestro país en África entre 1958 y 1976. Un nacional español, de origen marroquí, que prestó servicios como soldado de la Policía Territorial del Sáhara desde 1961 a 1976, fallece en 2012 dejando dos esposas, puesto que había contraído sendos matrimonios bajo el ordenamiento marroquí, que reconoce validez y plenos efectos al matrimonio poligámico. En agosto de 2014, la segunda esposa del fallecido solicita al Ministerio de Defensa la correspondiente pensión de viudedad, petición que es rechazada en diciembre del mismo año por la Dirección General del Personal de dicho organismo. Desestimado también, en noviembre de 2015, el recurso de alzada presentado frente a dicha denegación, la recurrente acude con su pretensión a los tribunales de justicia, dando lugar a la sentencia que aquí tratamos.

II. El fundamento jurídico: la alargada sobra del Tribunal Supremo

3. Como dato relevante hay que señalar que la presente decisión del TSJ de Madrid se emite meses después de que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de enero de 2018, casa y anulara una STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2016². Ésta denegó la pensión de viudedad en un supuesto sustancialmente idéntico al que ahora nos ocupa, donde era reclamada por la segunda esposa de un militar de la Policía Territorial del Sáhara con documento de identidad bilingüe. Al tratarse de un matrimonio poligámico, y haber sido ya reconocido el derecho a la prestación por viudedad a la primera esposa del causante, el TSJ dictaminó que existía una situación de bigamia, tipificada por el Código Penal español (art. 217).

4. A la vista de lo cual, rechazaba la demanda con el argumento principal de que *“resultaría contradictorio que a los efectos de lucrar una pensión de viudedad, no se tenga en cuenta esta particular situación, en un aspecto tan importante de la organización social del Reino de España”*³. Correlativamente, como fundamento jurídico alegaba la Ley de Clases Pasivas del Estado⁴, aplicable al caso, cuyo artículo 38 al delimitar los titulares del derecho a la pensión de viudedad, utiliza el término “cónyuge” en singular. Finalmente, en apoyo de las anteriores argumentaciones, el TSJ de Madrid cita jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera la poligamia contraria al orden público, habida la situación de desigualdad que genera entre hombres y mujeres y la sumisión de aquéllas a éstos⁵. Para el órgano judicial madrileño, este frontal rechazo al matrimonio poligámico en nuestro país impedía absolutamente acceder a la pretensión de la actora, incurso, recuerda el Tribunal, en un delito de bigamia castigado en España con pena de prisión de seis meses a un año.

¹ Cronológicamente, las resoluciones que abordaron esta reclamación durante este año fueron la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 84/2018, de 24 de enero (RJ 2018\130); la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, núm. 139/2018, de 15 de marzo (RJCA 2018\677); la STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 1589/2018 de 24 de mayo; y la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, núm. 306/2018, de 14 de junio (JUR\2018\228794).

² JUR\2017\1701.

³ Fundamento Jurídico Séptimo.

⁴ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1987).

⁵ SSTs de 4 de julio de 2011 (RJ 2012\624); de 26 de febrero de 2010 (RJ 2010\1571); de 25 de febrero de 2010 (RJ 2010\1569); de 14 de julio de 2009 (RJ 2009\7068); y de 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6478), entre otras.

5. Anulada esta decisión por la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2018⁶, en ella cambia radicalmente su anterior perspectiva, pasando de su tradicional rechazo hacia la poligamia y correlativa interposición de la excepción de orden público a la admisión de ciertos efectos legales en España de estos matrimonios, abrazando con ello la doctrina del orden público atenuado, ya seguida por instancias judiciales inferiores⁷. Como es sabido, esta doctrina distingue entre los efectos nucleares y los efectos periféricos del matrimonio poligámico, admitiendo la posibilidad de que los segundos tengan eficacia en España, en la creencia de que dicha admisión no produce daños sustanciales a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española⁸.

6. En su referida sentencia, el Tribunal Supremo identifica un elemento clave para acoger esta doctrina, frente a la postura tradicionalmente mantenida por el mismo órgano judicial: el hecho de que el propio legislador español admita determinados efectos del matrimonio poligámico, como evidencia el Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979⁹, cuyo artículo 23 establece que las sucesivas esposas -y simultáneas- de un trabajador marroquí causante de la pensión de viudedad pueden ser en España beneficiarias de dicha prestación. En coherencia con lo cual, anula la resolución del tribunal madrileño, que daba prioridad a la concepción española del matrimonio poligámico y calificándolo de delito de bigamia, negaba a la segunda esposa su condición de viuda legal a los efectos de percibir tal prestación.

7. Tal fue el precedente con que el TSJ de Madrid aborda la reclamación planteada en el presente caso, conforme a los hechos anteriormente descritos. Al tratar esta demanda, el Tribunal basa su razonamiento sobre dos cuestiones jurídicas: los requisitos administrativos para acceder a la pensión de viudedad y la posible incidencia del matrimonio poligámico en la efectiva percepción de dicha prestación. El primer aspecto había sido abordado por el mismo órgano judicial en anteriores ocasiones, y el Tribunal vuelve a sustentar su decisión final sobre las consideraciones ya mantenidas en el pasado¹⁰. En concreto, el debate se planteaba sobre la exigencia por parte del Ministerio de Defensa de acreditar, para obtener la pensión de viudedad, que el causante había obtenido la nacionalidad española. A juicio del TSJ, ello introducía un requisito *ex novo* por parte de dicho organismo, ya que con anterioridad la única condición determinante para el reconocimiento del haber pasivo al personal saharauí al servicio de la Policía Territorial y la Agrupación de Tropas Nómadas del Ejército español fue la mera posesión del D.N.I. español o bilingüe.

8. Manteniendo su línea interpretativa anterior, el TSJ de Madrid rechaza esta nueva exigencia, reiterando que introducir ulteriores requisitos al efectivo reconocimiento de la pensión de viudedad supondría una vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la Constitución, habida cuenta de que quienes habían reclamado dicha prestación con anterioridad a esta nueva exigencia la habían obtenido con la sola condición del D.N.I. del fallecido. Siendo así que este pronunciamiento ya lo había mantenido el mismo órgano jurisdiccional en otras decisiones, el verdadero valor del recogido en su sentencia de junio de 2018 radica en que definitivamente asienta una línea interpretativa que, teniendo ya cierta continuidad y solidez, se había visto puntualmente quebrada por la sentencia después

⁶ Vid. el riguroso y exhaustivo estudio que de esta decisión realizan M.J. VALVERDE MARTÍNEZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público atenuado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2018, Vol. 10, Nº 2, pp. 718-731.

⁷ SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 342/2005, de 31 de mayo (AS 2005\1525); núm. 738/2003, de 26 de diciembre (AS 2004\995); y núm. 456/2002, de 29 de julio (AS 2002\3324); STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002\899); STSJ de Andalucía, Málaga, núm. 236/2015, de 18 de junio (AS 2015\1520) y núm. 159/2003, de 30 de enero (JUR 2003\96144).

⁸ J.L. IRIARTE ANGEL, "El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas", en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 627-641; y J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, "La pensión de viudedad en la sociedad multicultural", *Revista del Poder Judicial*, núm. 85, 2007, pp. 343-380.

⁹ Instrumento de ratificación de 5 de julio de 1982 (BOE núm. 245, de 13 octubre 1982).

¹⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 879/2013, de 4 de diciembre (JUR\2014\17922), que resolvió favorablemente la solicitud de pensión de viudedad presentada por la viuda de un soldado, personal militar saharauí, poseedor del Documento Nacional de Identidad español bilingüe. En el mismo sentido vuelve a pronunciarse en su Sentencia núm. 139/2018 de 15 marzo (RJCA 2018\677).

anulada por el Tribunal Supremo. Consciente de ello, en esta ocasión el TSJ de Madrid se muestra contundente al ratificar su doctrina anterior y rechazar expresamente que la “*existencia de algunos pronunciamientos aislados de la Sección octava del mismo Tribunal*” baste para considerar sancionado por resolución judicial este cambio de criterio administrativo.

9. Despejado así el primer obstáculo al reconocimiento de la pensión de viudedad solicitada, aborda el TSJ el verdadero impedimento a dicha pretensión: la condición de segunda esposa del causante polígamo de la reclamante. Éste constituye el núcleo principal de la presente decisión y en su resolución reside su verdadero valor jurídico, pues como hemos dicho, en este punto el Tribunal vuelve a su tradicional línea interpretativa, desechando su propia consideración anterior -aunque ocasional- de que la bigamia constituía un obstáculo insalvable a la percepción de la pensión de viudedad.

10. A nuestro juicio, en ese regreso del TSJ a su habitual senda doctrinal ha tenido una incidencia decisiva la STS de 24 de enero de 2018, verdadero factor determinante de la resolución del tribunal madrileño. Con esta decisión el Tribunal Supremo abraza -confiemos que definitivamente- la doctrina del orden público atenuado en el ámbito de los matrimonios poligámicos, en lo que constituye una impecable interpretación del carácter restrictivo de la “*temida, compleja y magmática*”¹¹ excepción de orden público recogida en el artículo 12.3 Cc.

11. Asumiendo por fin que esta excepción debe operar frente al resultado concreto y no frente al contenido general de un ordenamiento extranjero, el TS traslada su tradicional foco de atención y pasa de considerar la poligamia como una institución contraria radicalmente contrario a nuestros principios jurídicos básicos, a examinar las efectivas -y reales- consecuencias de dicho rechazo. Es ya legendaria su afirmación de que la poligamia es algo que “*repugna al orden público español*”, constituyendo “*siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero*”¹². La consecuencia era automática: negar todo efecto legal a una institución considerada atentatoria contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio¹³.

12. Pero esta sistemática condena por nuestros tribunales de la inferioridad en que la poligamia sitúa a la mujer, frente a las prerrogativas que otorga al varón, escondía una enorme y trágica paradoja: el perjuicio que de *facto* causaba precisamente a la esposa discriminada. Y es que, en la práctica, rechazar de plano el matrimonio poligámico implica negarle todo efecto y consecuencia jurídica, muchos de los cuales son precisamente prerrogativas legales que protegen a las esposas, como la pensión de viudedad, los derechos sucesorios, los alimentos, etc.

13. Esta dañina paradoja ya había sido detectada por el Tribunal Supremo hace décadas en un ámbito algo distinto: los repudios revocables, que también entendía discriminatorios para la mujer. En coherencia con ello, rechazaba sistemáticamente el reconocimiento de actas extranjeras de repudio revocables, pese a ser solicitado por la propia esposa repudiada. Pero el Tribunal termina por ser consciente de que su denegación perjudicaba a la persona a quien pretendía proteger: la esposa discriminada, que se veía obligada a instar un nuevo juicio de divorcio en España¹⁴. En coherencia con ello, se niega a levantar la barrera del orden público, por entender que ello supondría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material del caso planteado.

14. Comienza así un proceso de modulación de la verdadera función del orden público que ha continuado a través de las resoluciones dictadas por distintos tribunales españoles a lo largo de 2018.

¹¹ M.J. VALVERDE MARTÍNEZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Poligamia en Marruecos...”, cit., p. 724.

¹² *Cfr.* SSTS de 26 de febrero de 2010 (RJ 2010\1571); de 14 de julio de 2009 (RJ 2009\7068); de 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6478), entre las más recientes.

¹³ RRDGRN de 5 noviembre de 1996 (RJ 1997\5879) y de 3 diciembre 1996 (RJ 1997\7371).

¹⁴ ATS de 21 de abril de 1998, que otorgó el reconocimiento de un acta de divorcio otorgada ante notarios de El Cairo y recaída sobre el matrimonio contraído entre nacionales egipcio y española (RJ 1998\3563).

En el caso de la sentencia que aquí se analiza, la asunción de este proceso ha tenido además el efecto de consolidar la línea interpretativa del TSJ de Madrid, que en esta decisión la completa mediante la utilización del orden público atenuado. Reconoce que una cosa es la posibilidad de admitir la celebración del matrimonio poligámico en España y otra muy distinta aceptar que un matrimonio de estas características celebrado en el extranjero pueda desplegar determinados efectos en nuestro país.

15. Siendo éste el supuesto planteado, el TSJ le encuentra respuesta en el Convenio sobre Seguridad entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1978, instrumento determinante del sentido final de su decisión junto a la citada sentencia del Tribunal Supremo. Su artículo 23 establece que “*la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí se distribuirá, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*”. En una coherente y correcta interpretación de este tenor literal, el Tribunal entiende que el precepto impide, en puridad de principios, hablar de orden público respecto a los efectos del matrimonio poligámico contraído por marroquíes en Marruecos, dada la plena integración en el ordenamiento español de los tratados internacionales firmados por nuestro país, *ex* artículo 96 CE.

16. Además de esta corrección analítica, el *órgano judicial* lleva más lejos su interpretación, extendiéndola más allá del estricto *ámbito* del Derecho positivo plasmado en los convenios bilaterales suscritos por España. Así, recuerda que España tiene firmado con Túnez un convenio análogo¹⁵, del que obviamente cabe extraer idéntica conclusión, y considera ambos textos precedente bastante para extenderla a todo supuesto planteado respecto de trabajadores nacionales de otros Estados, a los que habrá que otorgar la misma respuesta judicial aun cuando no existan acuerdos con sus países de origen.

17. Es sabido, y así lo recuerda el TSJ, que ésta no ha sido en absoluto una postura unánime en la jurisdicción social, que ante las reclamaciones de pensiones de viudedad por parte de las esposas de dichos trabajadores polígamos han venido manteniendo posturas muy divergentes¹⁶. En esencia, esta jurisprudencia laboral se divide en torno a tres interpretaciones. La más estricta se niega a reconocer más viuda legal que la primera esposa, y por tanto una única beneficiaria de la pensión de viudedad¹⁷. Las otras dos se muestran favorables al reconocimiento de la legalidad del matrimonio poligámico válidamente contraído en el extranjero y por ende, admitir la existencia de más de una viuda a efectos de dicha prestación. Difieren, sin embargo, ambas posturas en el método para distribuirla entre las esposas supervivientes. Una corriente se decanta por extender el sistema igualitario previsto en los convenios suscritos con Marruecos y Túnez¹⁸. La otra, por adoptar el modelo contenido en la legislación española sobre Seguridad Social anterior a la reforma de 2015¹⁹, que en los supuestos de concurrencia de beneficiarios, repartía la pensión de viudedad en función del período de convivencia²⁰. Lo que ninguna de las dos líneas judiciales contempla es la posibilidad de reconocer la existencia de más de una pensión de viudedad, siendo así que la prestación generada por el trabajador sobre la base de sus cotizaciones es *única*²¹.

¹⁵ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, hecho en Túnez el 26 de febrero de 2001 (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2001 y corr. err. en BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2002).

¹⁶ Una exposición de esta divergente -hasta el punto de resultar contradictoria- interpretación judicial española puede verse en P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 23, junio 2012, pp. 1-45.

¹⁷ STSJ de Madrid núm. 474/2016, de 18 de octubre (JUR/2017/1701); STSJ de Comunidad Valenciana núm. 1821/2005, de 6 de junio (AS 2005/2454); y STSJ de Cataluña núm. 5255/2003, de 30 de julio (AS 2003/3049);

¹⁸ SSTSJ Andalucía, Málaga núm. 1036/2015, de 18 de junio (AS 2015/1520) y núm. 159/2003, de 30 de enero de 2003 (JUR 2003/96144); STSJ Galicia 2 de abril de 2002 (AS 2002/899).

¹⁹ Artículo 174 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 junio 1994).

²⁰ STSJ de La Rioja núm. 69/2017, de 6 de abril (AS 2017/524); STSJ de Las Palmas núm. 1619/2013 (AS 2014/124); SSTSJ de Madrid núm. 342/2005, de 31 de mayo (AS 2005/1525); núm. 738/2003, de 26 de diciembre (AS 2004/995); y núm. 456/2002, de 29 de julio (AS 2002/3324); STSJ de Andalucía, Granada, núm. 1285/1999, de 25 de mayo (AS 1999/2811).

²¹ Sobre las consideraciones puramente económicas que pueden hallarse tras el rechazo del ordenamiento y la jurisdicción españolas al matrimonio poligámico, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE, “Multiculturalidad, derecho islámico y ordenamiento secular; los supuestos de la poligamia y el repudio”, en *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, M.C. Barranco Avilés,

18. Sobre la base de su expuesta interpretación del texto convencional, el TSJ de Madrid considera preferible la segunda corriente judicial, y en coherencia con ello, declara expresamente su cambio de criterio en la materia, corrigiendo su sorprendente y puntual adscripción a la primera línea jurisprudencial contenida en su Sentencia de 18 de octubre de 2016 y anulada por el Tribunal Supremo en enero de 2018. En el presente caso, este regreso a sus postulados interpretativos tradicionales tiene como consecuencia el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad reclamado por la actora, a la que considera legalmente cónyuge supérstite del militar español fallecido, y en consecuencia, concede la mitad de dicha prestación, *ex aequo* con la primera viuda del causante.

III. Conclusión: un justo (aunque póstumo) triunfo

19. La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 24 de enero de 2018 ha marcado un punto de inflexión en la interpretación de la excepción de orden público en el ámbito de los matrimonios polígamicos. Esencialmente, por cambiar una jurisprudencia a nuestro juicio errada, que venía defendiendo el rechazo frontal a dicha figura sobre la base de razones puramente formales, del todo ajenas al efectivo daño a la cohesión social española y con consecuencias nocivas desde la perspectiva de la justicia material. Al mismo tiempo, esta sentencia corrigió la única decisión del TSJ de Madrid que se ha apartado de su doctrina habitual, que defiende justamente lo contrario: la admisión en España de determinados efectos legales del matrimonio polígamico, pues la concepción del orden público atenuado así lo permite.

20. La sentencia de 14 de junio de 2018 supone, por una parte, el regreso del Tribunal madrileño a su tradicional línea interpretativa en la materia; por otra, el fortalecimiento de esta doctrina judicial mediante una doble base legal: el Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, cuyo artículo 23 reconoce expresamente efectos legales al matrimonio polígamico válidamente celebrado en el extranjero, y el carácter excepcional que debe orientar la aplicación de la cláusula de orden público contenida en el artículo 12.3 Cc. Paradójicamente, ambos preceptos datan de hace ya varias décadas, pero ha habido que esperar muchos años para que su aplicación venza los obstáculos que la lastraban. Unos obstáculos que tenían que ver más con la reticencia social a admitir una forma matrimonial tan alejada del modelo español que con verdaderos impedimentos jurídicos para aceptarla.

21. Esta decisión del TSJ de Madrid, junto con la sentencia del Tribunal Supremo que modificó su jurisprudencia, nos enseña que la base legal para la aplicación a la poligamia de la doctrina del orden público atenuado existía ya en nuestro ordenamiento. No ha cambiado la ley, ha cambiado la percepción que de esta institución venían manteniendo algunos órganos judiciales, con el Tribunal Supremo a la cabeza, en nuestro país. Y pese a lo tardío de este giro interpretativo, hay que confiar en que éste abra el camino para la unificación de una jurisprudencia que, como ya denunciábamos hace años, venía resultando excesivamente contradictoria, oscilante y confusa²². Esta situación sólo permitía confiar en que el Tribunal Supremo viniera a terminara con esta inseguridad jurídica, y lo hiciera de la forma más coherente legalmente y justa socialmente. Así ha sido finalmente, y esta nueva doctrina judicial ha visto pronto sus frutos en la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2018, que con notable humildad y coherencia ha asumido plenamente la argumentación del Alto Tribunal y no ha dudado en abrazar la línea interpretativa a nuestro juicio más correcta, y que ya venían siguiendo otros órganos judiciales, como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que también durante el año 2018 tuvo ocasión de resolver un supuesto de estas características²³.

22. Desgraciadamente, la demandante en el presente litigio no llegó a ver su victoria: D^a Visitación falleció el 30 de noviembre de 2016 en Es-Smara (Sáhara occidental), extinguiéndose así su derecho a la pensión de viudedad que tanto tuvo que luchar para ver reconocido. Se atribuye a Séneca la afirmación

Ó. Celador Angón y F. Vacas Fernández (coords.), Dykinson, Madrid, 2011, p. 201; y M.L. LABACA ZABALA, "El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 18, mayo 2009, p. 271.

²² Cfr. P. Juárez Pérez, "Jurisdicción española y poligamia islámica", cit., p. 41-42.

²³ STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1^a, núm. 1589/2018 de 24 de mayo.

de que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”. Sin embargo, queremos creer que hay ocasiones en que también esta lenta justicia es justicia: cuando sirve para poner fin a situaciones generalizadas de inseguridad jurídica y desprotección a los particulares, en este caso, las viudas de la poligamia. La sentencia del TSJ de Madrid supone el abandono de una interpretación del orden público en materia de poligamia que podría considerarse formalmente equitativa, pero material y profundamente injusta. Por ello esta sentencia admite una lectura más positiva y esperanzadora: acaso en el futuro otras mujeres en la misma situación se vean beneficiadas y protegidas por esta concepción atenuada del orden público, que confiemos se instale definitivamente en nuestros tribunales. Ése será, también, el triunfo de D^a Visitación.

O CONCEITO DE AÇÃO PENDENTE NO ARTIGO 15.º
DO REGULAMENTO (CE) N.º 1346/2000 RELATIVO AOS
PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
DE 6 DE JUNHO DE 2018, TARRAGÓ DA SILVEIRA,
PROC. C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398

THE CONCEPT OF PENDING LAWSUIT IN ARTICLE 15
OF REGULATION (EC) NO 1346/2000 ON INSOLVENCY
PROCEEDINGS: ANNOTATION ON THE EUROPEAN COURT
OF JUSTICE JUDGMENT OF 6 JUNE 2018, TARRAGÓ DA
SILVEIRA, CASE C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398

LUÍS DE LIMA PINHEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ORCID ID: 0000-0002-6746-0509

JOÃO GOMES DE ALMEIDA

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ORCID ID: 0000-0002-0486-6165

Recibido:14.01.2019 / Aceptado:28.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4655>

Resumo: No Acórdão *Tarragó da Silveira*, o Tribunal de Justiça da União Europeia responde a uma questão prejudicial colocada pelo Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) relativa ao conceito de “ação pendente” previsto no artigo 15.º do Regulamento relativo aos processos de insolvência. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o conceito de ação pendente previsto naquele artigo inclui uma ação de condenção do devedor na obrigação de pagamento de quantia pecuniária. Este comentário examina a solução dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Regulamento relativo aos processos de insolvência; Regulamento (CE) n.º 1346/2000; conceito de ação pendente.

Abstract: In the *Tarragó da Silveira* judgment, the European Court of Justice answers a question referred by the Portuguese Supreme Court of Justice regarding the concept of “lawsuit pending” in article 15 of the Insolvency Regulation. The referring court asks if a debt recovery action is to be considered a pending lawsuit for the purposes of article 15. This case annotation examines and evaluates the solution given by the European Court of Justice.

Keywords: Insolvency Regulation; Regulation No 1346/2000; concept of lawsuit pending.

Sumário: I. Os factos do caso. II. A questão prejudicial. III. A resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia. IV. Análise. 1. Considerações gerais. 2. Interpretação do artigo 15.º do Regulamento: o elemento literal. 3. Continuação: o contexto do preceito e as finalidades prosseguidas pelo Regulamento n.º 1346/2000. 4. A exclusão dos processos executivos do conceito de ação pendente. 5. Questão lateral: a alínea e) do artigo 277.º do Código de Processo Civil português e o Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 1/2014 do Supremo Tribunal de Justiça. V. Conclusão.

I. Os factos do caso

1. Tarragó da Silveira, cidadão residente em Londres (Reino Unido), intentou, em 25 de julho de 2008, no Tribunal da Comarca de Lisboa (Portugal), uma ação declarativa de condenação baseada num contrato de prestação de serviço contra a Espírito Santo Financial Group, com sede no Luxemburgo.

2. Em 10 de outubro de 2014, na pendência daquele processo, a Espírito Santo Financial Group foi declarada insolvente pelo *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg* e, a partir dessa data, a Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, representada pelo administrador da insolvência, substituiu a insolvente no âmbito do processo intentado em Portugal.

3. O Tribunal de Comarca de Lisboa, em 1 de junho de 2015, considerou aplicável ao caso o artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000¹, tendo em conta a abertura de um processo de insolvência no Luxemburgo, e, com fundamento no artigo 277.º, alínea e), do Código de Processo Civil e no Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 1/2014, de 8 de maio de 2013, do Supremo Tribunal de Justiça² (Portugal), julgou extinta a instância por inutilidade superveniente da lide.

Tarragó da Silveira interpôs recurso de apelação para o Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal), que, por Acórdão de 7 de julho de 2016³, confirmou a sentença do Tribunal de Comarca de Lisboa.

4. Tarragó da Silveira interpôs recurso de revista, por via excecional, para o Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), no qual alegou que o artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 só é aplicável às ações pendentes que tenham por objeto um bem ou um direito determinado e que a ação por si intentada tem por objeto um direito de cariz pecuniário correspondendo-lhe, como tal, uma obrigação com objeto genérico e indeterminado, o que a exclui do âmbito de aplicação do artigo 15.º do referido Regulamento. Sustentou assim que, no caso em apreço, os efeitos do processo de insolvência aberto no Luxemburgo sobre o processo pendente nos tribunais portugueses deviam ser regulados pelo Direito do Estado-Membro em que foi aberto o processo (o Grão-Ducado do Luxemburgo), de acordo com o disposto no artigo 4.º do mencionado regulamento. O Direito luxemburguês não prevê a extinção da ação pendente por inutilidade superveniente da lide.

A Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group contra-alegou, defendendo a manutenção da decisão do Tribunal da Relação de Lisboa e sustentando que o artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 é aplicável a todas as ações pendentes em tribunal de Estado-Membro, distinto do Estado-Membro no qual foi decretada a insolvência do devedor, que tenham como objeto bens ou direitos, quer determinados quer indeterminados, desde que o devedor deles não possa dispor. Deste modo, advogou que o artigo 15.º do referido Regulamento determina a aplicação da lei portuguesa à presente ação, o que conduz à extinção da instância por inutilidade superveniente da lide, de acordo com a orientação fixada pelo Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 1/2014, de 8 de maio de 2013, do Supremo Tribunal de Justiça.

¹ Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho de 29 de maio de 2000 relativo aos processos de insolvência, *JOUE*, L 160 de 30 de junho de 2000, p. 1 (doravante Regulamento n.º 1346/2000).

² Publicado no Diário da República n.º 39/2014, Série I, de 25 de fevereiro de 2014 e disponível em <https://data.dre.pt/eli/acstj/1/2014/02/25/p/dre/pt/html>.

³ Este Acórdão encontra-se publicado na revista *Colectânea de Jurisprudência*, n.º 271, tomo III, 2016.

II. A questão prejudicial

5. O Supremo Tribunal de Justiça admitiu o recurso de revista, por via excecional, e entendeu que a redação do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 suscita dúvida sobre se o conceito de ação pendente desse preceito inclui ações como a dos autos, em que se pede o reconhecimento de obrigação de pagamento de quantia pecuniária devida por contrato de prestação de serviço e a condenação no pagamento de indemnização pecuniária por incumprimento dessa mesma obrigação.

Por considerar que: (i) a resolução da dúvida interpretativa era essencial para o conhecimento do recurso; (ii) os elementos doutrinários e jurisprudenciais existentes eram escassos e insuficientes para a resolver; e (iii) as diferentes versões linguísticas do Regulamento n.º 1346/2000 mais acentuavam a dúvida. Neste quadro, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do disposto no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a seguinte questão prejudicial⁴:

«Deve a regra do artigo 15.º do [Regulamento n.º 1346/2000], de 29 de maio, ser interpretada no sentido de incluir na sua previsão uma ação pendente num tribunal de um Estado-Membro para condenação de devedor na obrigação de pagamento de quantia pecuniária, devida por contrato de prestação de serviços, e condenação ao pagamento de indemnização pecuniária por incumprimento da mesma obrigação, tendo em conta que: (i) o devedor foi declarado insolvente em processo aberto num tribunal de outro Estado-Membro; e (ii) a declaração de insolvência abrange todo o património do devedor?»⁵

III. A resposta do Tribunal de Justiça da União Europeia

6. O Tribunal de Justiça da União Europeia inicia a sua resposta à questão prejudicial colocada salientando que o artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 constitui um *desvio* à regra geral do artigo 4.º, n.º 1, do referido Regulamento. Assim, embora a regra geral determine a aplicação da *lex fori concursus* ao processo de insolvência e aos seus efeitos, o artigo 15.º do mencionado Regulamento prevê um desvio a esta regra, estabelecendo que os efeitos do processo de insolvência numa ação pendente se regem exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que se encontra pendente a referida ação⁶.

7. De seguida, debruça-se sobre o conceito de ação pendente e o modo como o mesmo se encontra consagrado no artigo 15.º nas diversas versões linguísticas do Regulamento. O Tribunal de Justiça da União Europeia conclui que as diferentes versões linguísticas do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 não são unívocas: algumas versões linguísticas do Regulamento referem expressamente bens ou direitos de que o devedor está inibido de administrar ou dispor (versões portuguesa, inglesa, francesa e italiana), enquanto outras referem apenas bens ou direitos da massa (versões espanhola, checa, dinamarquesa e alemã).

Em face desta divergência, o Tribunal de Justiça da União Europeia assinala, remetendo para a sua jurisprudência constante, que:

“(…) a formulação utilizada numa das versões linguísticas de uma disposição do direito da União não pode servir de base única à interpretação dessa disposição ou ter carácter prioritário em relação às outras versões linguísticas. As disposições do direito da União devem, com efeito, ser interpretadas e aplicadas de maneira uniforme, à luz das versões redigidas em todas as línguas da União Europeia”⁷.

Em suma, o Tribunal de Justiça da União Europeia reitera a sua jurisprudência de que a necessidade de interpretação autónoma e uniforme das disposições do Regulamento impõe que não se efetue

⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2018, proc. 2153/08.0TVLSB.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁵ Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerando n.º 15.

⁶ *Idem*, considerandos n.ºs 17 e 18.

⁷ *Idem*, considerando n.º 20.

essa interpretação tendo apenas em conta uma das versões linguísticas nem se dê prevalência a uma das versões sobre as demais. Como considera que existem divergências na redação do artigo 15.º nas diversas versões linguísticas do Regulamento, conclui que a interpretação do preceito não pode basear-se apenas no elemento literal.

8. O Tribunal de Justiça da União Europeia procede, de seguida, a uma interpretação do preceito à luz do seu contexto e finalidades prosseguidas pelo Regulamento n.º 1346/2000, entendendo que estes elementos impõem uma interpretação *ampla* do preceito, que não o restrinja às ações pendentes que tenham por objeto um bem ou direito *determinado*.

A nível contextual, o Tribunal de Justiça da União Europeia assinala a relação entre o artigo 15.º e o artigo 4.º, n.º 2, alínea *f*), destacando a utilização, neste último, da expressão geral “processos pendentes” que, no seu entender, confirma o entendimento de que o artigo 15.º abrange as ações pendentes que tenham por objeto não apenas um direito ou um bem determinado mas, de forma mais ampla, um bem ou um direito que integra a massa insolvente. Assinala também a relação com o artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1346/2000, considerando que o mesmo aponta no sentido de que o conceito de bem ou direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido visa designar a massa insolvente do devedor que resulta da abertura do processo de insolvência⁸.

A nível das finalidades prosseguidas, o Tribunal de Justiça da União Europeia destaca que o Regulamento n.º 1346/2000 visa melhorar a eficácia e a eficiência dos processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços⁹ e salienta que seria contrário a este objetivo obrigar o órgão jurisdicional em que corre termos a ação pendente a aplicar uma lei estrangeira com o único intuito de determinar quais são os efeitos do processo de insolvência aberto noutro Estado-Membro nessa ação pendente. Isto porque a aplicação da lei estrangeira, determinada nos termos da regra geral (*lex fori concursus*), “(...) poderia atrasar a decisão desse órgão jurisdicional relativa à constatação e à fixação do montante de um eventual crédito e, eventualmente, impedir o credor de declarar, em tempo útil, o seu crédito no passivo da massa formada no âmbito deste processo de insolvência.”¹⁰

9. Por fim, o Tribunal de Justiça da União Europeia precisa, remetendo para o seu acórdão *ENEFTI*¹¹, que o conceito de ação pendente do artigo 15.º *não abrange* ações executivas, mas apenas ações declarativas. Fundamenta esta posição no princípio da igualdade de tratamento dos credores do devedor insolvente, que se opõe a ações individuais de execução, e no artigo 20.º do Regulamento n.º 1346/2000, cujo regime – ao estabelecer a restituição ao administrador de insolvência de tudo o que foi obtido na ação individual de execução – privaria de efeito útil o artigo 15.º, caso este abrangesse também as ações executivas pendentes¹².

IV. Análise

1. Considerações gerais

10. O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se, neste acórdão, sobre o artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000. O Regulamento n.º 1346/2000 foi revogado pelo Regulamento (UE) 2015/848 (artigo 91.º)¹³. Este último Regulamento é aplicável apenas aos processos de insolvência transfronteiriços abertos *após* 26 de junho de 2017, continuando o Regulamento n.º 1346/2000 a ser aplicável aos processos de insolvência transfronteiriços abertos *antes* daquela data¹⁴. Tendo presente que a Espíri-

⁸ *Idem*, considerandos n.ºs 24 e 25.

⁹ Cf. considerando n.º 8 do Regulamento n.º 1346/2000.

¹⁰ Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerando n.º 26.

¹¹ Acórdão do TJUE de 9 de novembro de 2016, *ENEFTI*, C-212/15, EU:C:2016:841, considerandos n.ºs 34 e 35.

¹² Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerandos n.ºs 30 a 33.

¹³ Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015 relativo aos processos de insolvência (reformulação), *JOUE*, L 141 de 5 de junho de 2015, p. 19 (doravante Regulamento n.º 2015/848).

¹⁴ Cf. artigo 84.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 2015/848 e artigos 43.º e 47.º do Regulamento n.º 1346/2000.

to Santo Financial Group foi declarada insolvente pelo tribunal do Luxemburgo no dia 10 de outubro de 2014¹⁵, ao litígio que motivou o reenvio prejudicial é aplicável o Regulamento n.º 1346/2000.

A regra do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 passou para o artigo 18.º do Regulamento n.º 2015/848 com um aditamento substancial e uma alteração de redação eminentemente formal.

Por um lado, acrescenta-se que os efeitos do processo de insolvência sobre os processos de arbitragem pendentes se regem exclusivamente pela lei do Estado-Membro em que o tribunal arbitral tem a sua sede.

Por outro, nas versões portuguesa, inglesa, francesa e italiana lê-se agora, respetivamente, “a um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor”, “*an asset or a right which forms part of a debtor’s insolvency estate*”, “*un bien ou un droit qui fait partie de la masse de l’insolvabilité d’un débiteur*” e “*a un bene o a un diritto facente parte della massa fallimentare di un debitore*”¹⁶, expressões mais próximas das utilizadas nas versões espanhola e alemã do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000¹⁷. Verifica-se também que as versões espanhola e alemã do artigo 18.º do Regulamento n.º 2015/848 não divergem das portuguesa, inglesa, francesa e italiana, empregando, respetivamente, as expressões “*un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor*” e “*einen Gegenstand oder ein Recht, der bzw. das Teil der Insolvenzmasse*”.

11. Esta maior uniformidade de redação suscita a questão de saber se a dúvida interpretativa e, conseqüentemente, a resposta dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia são ainda pertinentes à luz do Regulamento n.º 2015/848. Trata-se de questão que se apreciará após a análise dos fundamentos do acórdão.

12. O Supremo Tribunal de Justiça colocou a questão prejudicial que motivou o acórdão em comentário, por considerar que a redação do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 suscita dúvidas sobre a delimitação das ações pendentes visadas por aquele preceito, admitindo uma interpretação restritiva, que inclui apenas as ações pendentes que tenham como objeto um bem ou direito *determinado* de que o devedor não pode dispor, e uma interpretação ampla segundo a qual o artigo 15.º abrange todas as ações pendentes que tenham por objeto bens ou direitos (*determinados* ou *indeterminados*) de que o devedor não pode dispor.

O Tribunal de Comarca de Lisboa e o Tribunal da Relação de Lisboa perfilharam, no processo que motivou o acórdão em comentário, a interpretação ampla¹⁸. O Tribunal da Relação de Lisboa, em processo distinto, perfilhou a interpretação restritiva e considerou que uma ação declarativa de condenação no pagamento de quantias pecuniárias em virtude do incumprimento contratual do devedor não se encontrava abrangida no conceito de ação pendente estabelecido no artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000¹⁹. Na doutrina portuguesa a questão foi também debatida²⁰. A questão foi igualmente suscitada na jurisprudência e doutrina de outros Estados-Membros²¹.

Pode, por isso, concluir-se que a redação do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 suscitou, efetivamente, interpretações divergentes.

¹⁵ Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerando n.º 8.

¹⁶ No Regulamento n.º 1346/2000 estas versões linguísticas utilizavam, respetivamente, as expressões “a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido”, “*an asset or a right of which the debtor has been divested*”, “*un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi*” e “*un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato*”.

¹⁷ A saber, e respetivamente, “*un bien o un derecho de la masa*” e “*einen Gegenstand oder ein Recht der Masse*”.

¹⁸ Cf. *supra* 3.

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de abril de 2016, proc. 23953/13.4T2SNT.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

²⁰ L.A.C. FERNANDES e J. LABAREDA, *Insolvências transfronteiriças: Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000: anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2003, p. 69, perfilharam a interpretação restrita; L. de L. PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos - Parte Especial*, II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 591 e ss., advogou a interpretação lata.

²¹ A título de mero exemplo, cf. o acórdão do *English Commercial Court* no caso *Elektrim v Vivendi*, [2008] EWHC 2155 (Comm), parágrafos 36 e ss..

2. Interpretação do artigo 15.º do Regulamento: o elemento literal

13. O Tribunal de Justiça da União Europeia começa por destacar, remetendo para a sua jurisprudência, que a interpretação do preceito não pode ser efetuada considerando apenas uma das diversas versões linguísticas do Regulamento nem dando prevalência a uma sobre as demais.

Trata-se de uma questão comum a todos os instrumentos normativos da União Europeia, razão pela qual o Tribunal de Justiça da União Europeia remete para a sua jurisprudência anterior sobre a Decisão-Quadro 2002/584/JAI, relativa ao mandado de detenção europeu, e a Diretiva 2004/33/CE, respeitante a determinadas exigências técnicas relativas ao sangue e aos componentes sanguíneos²². A solução justifica-se não só em face do risco de traduções incorretas, mas sobretudo por força da necessidade de garantir uma interpretação e aplicação uniformes dos instrumentos normativos (e, conseqüentemente, do Regulamento n.º 1346/2000) em toda a União Europeia²³.

14. De seguida, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisa o elemento literal, concluindo que as diferentes versões linguísticas do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 não são unívocas e assinala que algumas versões linguísticas do Regulamento referem expressamente um bem ou um direito que o devedor está inibido de administrar ou dispor, enquanto outras referem apenas um bem ou um direito da massa²⁴.

Recorda-se que o Supremo Tribunal de Justiça português fundamentou o seu pedido de questão prejudicial em três ordens de razão, sendo uma delas o entendimento de que as “diversas versões em diferentes línguas do Regulamento n.º 1346/2000 mais acentuam essa dúvida [interpretativa]”²⁵.

Pode, por isso, equacionar-se se as diferentes versões linguísticas do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 acentuam, de facto, a divergência interpretativa; isto é, que umas versões linguísticas apontam mais para uma interpretação restrita enquanto outras apontam mais para uma interpretação ampla. Esta ideia coloca o acento tónico na parte final das expressões “a um bem ou um direito *de cuja administração ou disposição o devedor está inibido*” e “a um bem ou um direito *da massa*”²⁶. Assim, a referência à inibição de administração ou disposição do devedor apontaria no sentido de que o preceito visa apenas bens ou direitos determinados, enquanto a referência à massa permitiria abranger ações de conteúdo patrimonial com reflexos na massa, caso fossem julgadas procedentes²⁷.

Este entendimento suscita-nos dúvidas. Qualquer uma das versões linguísticas do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 estabelece que o preceito é aplicável a ações pendentes relativas *a um bem ou a um direito*. Que depois se faça menção à inibição do devedor ou à massa não parece decisivo,

²² Respetivamente, Acórdão de 28 de julho de 2016, JZ, C-294/16 PPU, EU:C:2016:610, considerando n.º 38, e Acórdão de 29 de abril de 2015, Léger, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, considerando n.º 35.

²³ Cf., por exemplo, G.S. MOSS, I.F. FLETCHER e S. ISAACS (eds.), *Moss, Fletcher and Isaacs on the EU regulation on insolvency proceedings*, 3.ª ed., Oxford ; New York, Oxford University Press, 2016, p. 34 e ss., e, em termos mais gerais, M. AUDIT, «L'interprétation autonome du droit international privé communautaire», *Journal du droit international*, 2004, n.º 3, pp. 789–816, S. BARIATTI, «Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni.», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, n.º 2, pp. 361–376, p. 366 e ss., L. FUMAGALLI, «Characterization in European Private International Law: Short Notes on the Interpretation Process from Independence to Functionality and Return (to the Tradition)», in *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Pádua, CEDAM, 2008, pp. 357–374, p. 360 e ss., C. PARRA RODRÍGUEZ, «Characterisation and Interpretation in European Family Law Matters», in *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Pádua, CEDAM, 2008, pp. 337–356, p. 337 e ss., L. de L. PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Introdução e Direito de Conflitos - Parte Geral*, I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 575 e ss. e E.D. OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil Extracontractual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 213 e ss.

²⁴ Cf. *supra* 7. e Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerando n.º 21.

²⁵ Cf. *supra* 5.

²⁶ Tradução das versões linguísticas espanhola e alemã, transcritas *supra* na nota de rodapé n.º 18.

²⁷ Cf., neste sentido, G.S. MOSS, I.F. FLETCHER e S. ISAACS (eds.), *Moss, Fletcher and Isaacs on the EU regulation on insolvency proceedings*, op. cit., p. 364. No sentido de que a expressão “*einen Gegenstand oder ein Recht, der bzw. das Teil der Insolvenzmasse*”, utilizada na versão alemã do artigo 18.º do Regulamento n.º 2015/848, pressupõe apenas uma conexão do litígio com a massa [*Massebezug des Rechtsstreits*], parece apontar também M. MÜLLER, in P. MANKOWSKI, M. MÜLLER e J. SCHMIDT, *EulnsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, Munique, C. H. Beck, 2016, Art. 18 n.º 15.

particularmente quando a ação pendente é, como a do processo, uma ação declarativa de condenação no pagamento de quantia pecuniária fundada num direito de crédito. O direito de crédito em causa na ação pendente *não é* um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido *nem é* um bem ou um direito da massa, pois o titular deste direito de crédito é um terceiro. É a condenação do devedor no cumprimento da correspondente obrigação que faz com que este direito de crédito possa ter reflexos na massa insolvente. O que não significa, porém, que o direito de crédito seja um direito *da massa*.

Dito de outra forma, o elemento literal da interpretação, considerado por si só, parece apontar no sentido de uma interpretação restrita em qualquer das redações. A interpretação ampla, que inclui no artigo 15.º ações declarativas de condenação do devedor no pagamento de quantias pecuniárias, encontra óbices na referência a um bem ou a um direito, uma vez que o objeto dessas ações (o direito do terceiro) não constitui um bem ou um direito cujo devedor está inibido de administrar ou dispor nem um bem ou um direito da massa, muito embora possa, caso a ação declarativa seja julgada procedente, conceder ao terceiro um direito a uma quota parte da massa insolvente²⁸.

15. Tal não significa que a interpretação ampla não seja compatível com um dos sentidos literais possíveis do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000. A expressão “ação pendente relativa a um bem ou a um direito” foi interpretada no acórdão em exame como ação pendente cujo objeto é um bem ou um direito da massa, mas é também passível de ser interpretada como ação pendente cujo objeto é suscetível de afetar um bem ou um direito do devedor. A ação declarativa de condenação no pagamento de quantia pecuniária é suscetível de afetar um bem ou um direito pois, caso seja julgada procedente, a satisfação do direito de crédito reconhecido deverá ser efetuada com recurso a bens ou direitos do devedor que passaram a fazer parte integrante da massa insolvente (em particular nos casos – como o do processo – em que a inibição do devedor foi total)²⁹.

Também aqui não parece existir uma diferença sensível nas várias versões linguísticas que permita sustentar que uma determinada versão linguística é mais favorável a esta interpretação do que as restantes³⁰.

16. Em conclusão, e apesar de o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmar que “[à] luz da jurisprudência referida no n.º 20 do presente acórdão e das *divergências resultantes* das diferentes versões linguísticas do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000, a interpretação deste artigo não se pode basear apenas na sua redação”³¹, considera-se que embora existam diferenças de redação nas várias versões linguísticas do Regulamento, das mesmas não resultam divergências interpretativas. A letra das várias versões parece sempre apontar para a interpretação restrita, não deixando, porém, de admitir a interpretação ampla.

Concorda-se com a conclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia de que a interpretação do preceito não se pode fundar apenas na sua letra. Todavia, esta conclusão não parece fundamentar-se numa hipotética e divergente interpretação literal das várias versões linguísticas, mas sim na admissão, por todas

²⁸ M. VIRGÓS SORIANO e F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, p. 140, parecem também advogar que as diferentes redações não apontam em sentidos interpretativos diversos e consideram preferível as versões inglesa e francesa (inibição do devedor) à espanhola (bem ou direito da massa). Aparentemente no mesmo sentido, A.J. BELOHLAVEK, «Effects of Opening (Commencement) of Insolvency Proceedings on Pending Lawsuits and Similar Proceedings Under Article 15 of Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings and Under Article 18 of the European Parliament and Council Regulation (EU) No 2015/848», ID 2857720, Rochester, NY, Social Science Research Network, 5 de abril de 2016, p. 83, [em linha]. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2857720>>. (Acedido 4 de dezembro de 2018), afirma desconhecer qualquer litígio que tenha tido por base as diferentes redações do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000.

²⁹ R. BORK e R. MANGANO, *European Cross-Border Insolvency Law*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2016, p. 164. parecem defender esta interpretação, que foi também adotada no caso *Elektrim v Vivendi* (cf. *supra* nota de rodapé n.º 22), parágrafos 36 e 37.

³⁰ As versões inglesa e francesa utilizam, respetivamente, as expressões “*a lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested*” e “*une instance en cours concernant un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi*”; a versão espanhola utiliza a expressão “*otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa*”.

³¹ Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerando n.º 22; itálicos adotados.

elas, de duas interpretações (uma restrita e uma ampla), devendo a opção por uma das interpretações possíveis ser efetuada de acordo com o contexto do preceito e as finalidades prosseguidas pelo Regulamento.

3. *Continuação: o contexto do preceito e as finalidades prosseguidas pelo Regulamento n.º 1346/2000*

17. Apreciando o contexto do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000, o Tribunal de Justiça da União Europeia relaciona-o com o artigo 4.º, n.º 2, alínea *f*), e com o artigo 16.º, n.º 1, e considera que ambos indicam que deve ser adotada uma interpretação *ampla* do conceito de ação pendente previsto no artigo 15.º do citado Regulamento.

18. O artigo 4.º, n.º 1, alínea *f*) do Regulamento n.º 1346/2000 distingue “ações individuais” de “processos pendentes”. No entender do Tribunal de Justiça da União Europeia a utilização, neste preceito, da expressão geral “processos pendentes” aponta no sentido de que o artigo 15.º do Regulamento se deve aplicar às ações pendentes que tenham por objeto um bem ou direito que integra a massa insolvente³².

Este argumento não parece decisivo, nem particularmente impressivo, pois a utilização da expressão “processos pendentes” parece dever ser lida como uma remissão implícita para o regime estabelecido no artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000³³. Se, de facto, o legislador visou, com a utilização da expressão “processos pendentes”, remeter para o regime previsto no artigo 15.º, não parece adequado utilizar o carácter geral da expressão remissiva para optar entre uma interpretação *restrita* ou *ampla* do preceito.

19. O Tribunal de Justiça da União Europeia entende que os artigos 15.º e 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1346/2000, lidos conjugadamente, apontam no sentido de que o regime do artigo 15.º visa abranger as ações pendentes relativas à massa insolvente do devedor que resulta da abertura do processo de insolvência³⁴. Isto porque os bens ou direitos que o devedor está inibido de administrar ou dispor são aqueles que se encontram abrangidos pelo processo de insolvência aberto noutro Estado-Membro.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia retira do reconhecimento *imediato e automático*, em todos os outros Estados-Membros, dos efeitos da decisão que determine a abertura de um processo de insolvência, quando proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro competente nos termos do Regulamento n.º 1346/2000, a conclusão de que a expressão “ação pendente relativa a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido” visa designar as ações declarativas relativas à massa insolvente que resulta do processo de insolvência *na sua globalidade*³⁵.

Esta linha argumentativa suscita dúvidas quando se procura determinar quais são os *efeitos materiais* da decisão que são imediata e automaticamente reconhecidos nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1346/2000. Tem sido defendido um paralelismo com o âmbito de aplicação da lei do Estado da abertura do processo. O que tem por consequência a exclusão dos efeitos que, nos termos dos artigos 5.º a 15.º do Regulamento, não são regulados pela lei do Estado da abertura do processo³⁶. Salienta-se, também, que a expressão usada no artigo 15.º do Regulamento é “um bem ou um direito” e não “bens ou direitos”, como é referido no considerando n.º 25 do acórdão e que o argumento avançado parece mais adequado face à redação das versões portuguesa, inglesa, francesa e italiana (“a um bem ou um direito de cuja administração ou disposição o devedor está inibido”) do que das versões espanhola

³² Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerando n.º 24.

³³ Neste sentido, cf., G.S. MOSS, I.F. FLETCHER e S. ISAACS (eds.), *Moss, Fletcher and Isaacs on the EU regulation on insolvency proceedings*, op. cit, p. 342 e, aparentemente, M. VIRGÓS SORIANO e E. SCHMIT, «Explanatory Report on the European Convention on Insolvency Proceedings of 3 May 1996», 6500/96, DRS 8 (CFC), Conselho da União Europeia, 1996, pp. 68-69 e 91 e M. VIRGÓS SORIANO e F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, op. cit, p. 80. Quanto ao substancialmente idêntico artigo 7.º, n.º 2, alínea *f*), do Regulamento n.º 2015/848, cf. R. BORK e R. MANGANO, *European Cross-Border Insolvency Law*, op. cit, p. 125 e G.S. MOSS, I.F. FLETCHER e S. ISAACS (eds.), *Moss, Fletcher and Isaacs on the EU regulation on insolvency proceedings*, op. cit, p. 455.

³⁴ Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, considerando n.º 25.

³⁵ A ideia de que a expressão “bem ou direito” visa referenciar a massa insolvente é igualmente defendida por S. PEREIRA, «As normas de conflitos respeitantes aos efeitos da insolvência sobre as ações individuais nos regulamentos europeus relativos aos processos de insolvência», *Revista do CEJ*, 2018, n.º 35, pp. 207-230, p. 228.

³⁶ Cf., neste sentido, M. VIRGÓS SORIANO e E. SCHMIT, «Virgós Schmit Report», op. cit, p. 96 e L. de L. PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos - Parte Especial*, II, op. cit, pp. 596-597.

e alemã (“*un bien o un derecho de la masa*” e “*einen Gegenstand oder ein Recht der Masse*”), uma vez que estas últimas fazem já expressa referência à massa insolvente. O argumento parece mais apto a demonstrar que a referência à inibição do devedor numas versões linguísticas e à massa nas restantes não constitui uma diferença substancial, mas antes dois modos diversos de designar a mesma realidade, do que a potenciar a interpretação do artigo 15.º que permite abranger ações pendentes relativas a bens ou direitos indeterminados.

20. Por fim, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisa as finalidades prosseguidas pelo Regulamento n.º 1346/2000 e destaca, à luz do considerando n.º 8 do Regulamento, que este visa melhorar a eficácia e a eficiência dos processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços. A adoção da interpretação *restrita* e consequente não aplicação do regime do artigo 15.º a ações pendentes como a do processo contrariaria, no entender do Tribunal, este objetivo, pois obrigar-se-ia o órgão jurisdicional em que corre termos a ação pendente a aplicar uma lei estrangeira com o único intuito de determinar quais são os efeitos do processo de insolvência aberto noutra Estado-Membro nessa ação pendente. A aplicação da lei estrangeira, determinada nos termos da regra geral (*lex fori concursus*), reveste maiores dificuldades do que a lei do foro. Dificuldades que poderiam acarretar uma maior morosidade na decisão o que, em certos casos, poderia impedir o credor de declarar, em tempo útil, o seu crédito no passivo da massa insolvente.

Concorda-se com esta argumentação. A aplicação da *lex fori* da ação pendente permite determinar de modo mais célere do que a *lex fori concursus* quais são os efeitos do processo de insolvência numa ação pendente noutra Estado-Membro. A isto acresce que nas ações declarativas pendentes (como a do litígio que motivou a questão prejudicial) não está em causa o princípio da ação coletiva aplicável nos processos de insolvência. A aplicação da *lex fori* da ação pendente justifica-se ainda na estreita vinculação das ações pendentes com o regime processual do Estado em que estão pendentes³⁷.

21. Pode questionar-se –estando em causa a interpretação de um preceito que constitui um *desvio* à regra geral– se não deveria ser dada prevalência a uma interpretação *restrita* do preceito, em função da natureza da norma.

Pensamos que a resposta a esta interrogação deve ser negativa. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os preceitos que constituem desvios à regra geral da *lex fori concursus* devem ser interpretados *estritamente*, não admitindo interpretação *extensiva*³⁸. O sentido literal do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 comporta duas interpretações, uma lata e outra restrita. Nenhuma destas interpretações, todavia, vai além ou fica aquém do sentido literal possível do preceito. São ambas interpretações *declarativas*.

A opção entre estas duas interpretações declarativas não deve, necessariamente, ser feita em favor da interpretação declarativa restrita³⁹. Deve antes atender-se ao contexto da disposição e aos objetivos prosseguidos pelo instrumento normativo em que se encontra inserida⁴⁰. A interpretação do artigo

³⁷ Cf. M. VIRGÓS SORIANO e F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, pp. 139-140, L. de L. PINHEIRO, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos - Parte Especial*, II, *op. cit.*, p. 592 e S. PEREIRA, «As normas de conflitos respeitantes aos efeitos da insolvência sobre as ações individuais nos regulamentos europeus relativos aos processos de insolvência», *op. cit.*, pp. 228-229.

³⁸ Cf., designadamente, o Acórdão do TJUE de 15 de outubro de 2015, *Nike European Operations Netherlands*, C-310/14, EU:C:2015:690, considerando n.º 21; e o Acórdão do TJUE de 8 de junho de 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, considerando n.º 36.

³⁹ Esta ideia é salientada no Acórdão do TJUE de 8 de junho de 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, considerando n.º 38, no qual se afirma que: “(...) o Tribunal de Justiça excluiu implicitamente uma interpretação segundo a qual o referido demandado tem de provar que a *lex causae* não prevê, de forma geral e abstrata, qualquer meio de recurso contra o ato em causa, *interpretação que, de resto, seria demasiado estrita*, tendo em conta o facto de que esses meios de recurso existem quase sempre, pelo menos de forma abstrata, e que, por conseguinte, privaria o artigo 13.º do Regulamento n.º 1346/2000 do seu efeito útil.”; *itálicos* aditados.

⁴⁰ Veja-se, por exemplo e em sede do Regulamento n.º 1346/2000, o Acórdão do TJUE de 17 de novembro de 2011, *Zaza Retail*, C-112/10, ECLI:EU:C:2011:743, considerando n.º 22; o Acórdão do TJUE de 22 de novembro de 2012, *Bank Handlowy e Adamiak*, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739, considerandos n.º 49 e 67; e o Acórdão do TJUE de 19 de setembro de 2013, *Van Buggenhout e Van de Mierop*, C-251/12, ECLI:EU:C:2013:566, considerandos 33 a 36.

15.º que melhor se coaduna com os objetivos prosseguidos pelo Regulamento n.º 1346/2000 é a *ampla*, pelos motivos *supra* indicados.

4. A exclusão dos processos executivos do conceito de ação pendente

22. O Tribunal de Justiça da União Europeia reitera, nos considerandos n.ºs 29 a 33 do acórdão sob comentário, a posição por si sufragada no acórdão *ENEFI*⁴¹ de que o conceito de ação pendente do artigo 15.º *não abrange* ações executivas, mas apenas ações declarativas.

Esta posição é primeiramente fundamentada no princípio da igualdade de tratamento dos credores do devedor insolvente, que se opõe a ações individuais de execução. Salienta-se que este argumento vinha a ser esgrimido por alguma doutrina⁴² e encontra paralelo no acórdão *LBI*⁴³, no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia interpretou a expressão “processos pendentes” constante do artigo 10.º, n.º 2, alínea e) da Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito, excluindo do seu âmbito as ações executivas individuais, por considerar que a sua inclusão colocaria em crise o efeito útil do princípio da universalidade instituído na citada Diretiva.

A exclusão dos processos executivos é também sustentada no artigo 20.º do Regulamento n.º 1346/2000, cujo regime —ao estabelecer a restituição ao administrador de insolvência de tudo o que foi obtido na ação individual de execução— privaria de efeito útil o artigo 15.º, caso este abrangesse também as ações executivas pendentes. De facto, a coordenação destes dois regimes obrigaria a dar a prevalência ao artigo 20.º, com a consequência de que o credor teria de restituir ao administrador da insolvência tudo o que tivesse obtido através da ação individual de execução pendente. A leitura conjugada destes dois preceitos conduz-nos assim, também, à conclusão de que o conceito de ação pendente do artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 *não* inclui as ações individuais de execução.

5. Questão lateral: a alínea e) do artigo 277.º do Código de Processo Civil português e o Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 1/2014 do Supremo Tribunal de Justiça

23. Embora não diretamente relevante para o comentário do Acórdão *Tarragó da Silveira*, não podemos deixar de fazer uma brevíssima referência ao Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 1/2014 do Supremo Tribunal de Justiça. A extinção, por inutilidade superveniente da lide, da ação declarativa pendente em virtude de ter transitado em julgado sentença que declara a insolvência do devedor não é uma solução que se encontre inequívoca e expressamente consagrada na legislação portuguesa.

Antes deste Acórdão de uniformização de jurisprudência encontravam-se posições divergentes na jurisprudência portuguesa: (i) uma das posições defendia que, transitada em julgado a sentença que declara a insolvência da ré, verificava-se a inutilidade superveniente da lide laboral⁴⁴; (ii) outra — embora aceitasse que o credor sempre teria de reclamar o respetivo crédito no âmbito do processo de insolvência, pois só aí poderia obter pagamento —, defendia que a inutilidade da ação declarativa só ocorreria a partir do momento em que, no processo de insolvência, fosse proferida sentença de verificação de créditos⁴⁵; e (iii) uma última entendia que a declaração de insolvência, transitada em julgado, não determinava *necessariamente* a extinção da instância, por inutilidade superveniente da lide, considerando que esta só ocorreria nos casos em que o crédito peticionado na ação tivesse sido reclamado na insolvência ou relacionado pelo Administrador⁴⁶.

⁴¹ Acórdão do TJUE de 9 de novembro de 2016, *ENEFI*, C-212/15, EU:C:2016:841, considerandos n.ºs 31 a 35.

⁴² Cf. M. VIRGÓS SORIANO e E. SCHMIT, «Virgós Schmit Report», *op. cit.*, p. 91 e M. VIRGÓS SORIANO e F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, *op. cit.*, p. 140.

⁴³ Acórdão do TJUE de 24 de outubro de 2013, *LBI*, C-85/12, ECLI:EU:C:2013:697, considerandos n.º 50 e ss..

⁴⁴ Ver, por exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de março de 2010, proc. 2532/05.5TTLSB.L1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁵ Ver, por exemplo, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de fevereiro de 2007, Processo n.º 168/06.2TT-CBR.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de março de 2012, proc. 501/10.2TVLSB.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

O Acórdão de uniformização de jurisprudência perfilhou a primeira daquelas posições. Porém, vários Juízes Conselheiros subscreveram a declaração de voto do Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas em que se advoga a terceira posição. Pode assim equacionar-se se a questão está completa e definitivamente decidida, atendendo a que os acórdãos uniformizadores de jurisprudência podem ser alterados (artigos 687.º, n.º 2, e 695.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

V. Conclusão

24. O conceito de ação pendente no artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 vinha suscitando dúvidas interpretativas na doutrina e jurisprudência dos Estados-Membros, debatendo-se se o mesmo deveria apenas incluir ações pendentes relativas a bens ou direitos *determinados* da massa insolvente ou se deveria ser interpretado de forma mais ampla. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão *Tarragó da Silveira*, toma posição sobre a questão, perfilhando a interpretação *ampla* e concluindo que “[o] artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, deve ser interpretado no sentido de que se aplica a uma ação pendente num órgão jurisdicional de um Estado-Membro que tenha por objeto a condenação de um devedor no pagamento de uma quantia pecuniária, devida por força de um contrato de prestação de serviços, e de uma indemnização pecuniária por incumprimento da mesma obrigação contratual, no caso de este devedor ter sido declarado insolvente num processo de insolvência aberto noutro Estado-Membro e de esta declaração de insolvência abranger todo o património do referido devedor.”⁴⁷ Esta conclusão é fundada em duas ideias chave, que fazem parte da jurisprudência constante do Tribunal: (i) decorre da necessidade de interpretação e aplicação uniforme do Regulamento n.º 1346/2000 que a interpretação do preceito não pode ser efetuada considerando apenas uma das diversas versões linguísticas do Regulamento nem dando prevalência a uma sobre as demais; e que (ii) a interpretação dos preceitos do Regulamento n.º 1346/2000 deve ser efetuada de acordo com o seu contexto e as finalidades prosseguidas pelo Regulamento.

Considerando que o sentido literal do artigo 15.º permite duas interpretações, a opção pela interpretação *ampla* foi justificada por ser a que melhor prossegue a finalidade de melhorar a eficácia e a eficiência dos processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços. A isto acresce que estando o conceito limitado, na sequência do Acórdão *ENEFI*, às ações *declarativas* pendentes, não se põe em causa o princípio da ação coletiva aplicável nos processos de insolvência.

A redação do artigo 18.º do Regulamento n.º 2015/848 – correspondente ao artigo 15.º do Regulamento n.º 1346/2000 – foi alterada para “um bem ou direito pertencente à massa insolvente do devedor”, sendo agora mais uniforme nas diversas versões linguísticas⁴⁸. Pode questionar-se se a jurisprudência do Acórdão *Tarragó da Silveira* continuará pertinente na vigência do novo Regulamento. Cremos que sim, pois a nova redação, ao referir expressamente “um bem ou direito” pertencente à massa, continua, em nosso entender, a permitir uma interpretação declarativa *lata* e uma interpretação declarativa *restrita*⁴⁹, sendo transponível para o novo Regulamento a principal razão que motivou a opção pela interpretação *ampla*: é esta a interpretação que melhor se compagina com os objetivos prosseguidos pelo Regulamento n.º 2015/848.

⁴⁷ Acórdão do TJUE de 6 de junho de 2018, *Tarragó da Silveira*, C-250/17, ECLI:EU:C:2018:398, parte decisória.

⁴⁸ Cf. *supra* 10.

⁴⁹ Cf., neste sentido, G.S. MOSS, I.F. FLETCHER e S. ISAACS (eds.), *Moss, Fletcher and Isaacs on the EU regulation on insolvency proceedings*, op. cit, p. 461.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN DE MENORES. EL TRATO DESIGUAL EN SITUACIONES SIMILARES

INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE SPANISH COURTS IN INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION CASES. THE UNEQUAL TREATMENT IN SIMILAR SITUATIONS

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Doctora en Derecho

*Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia*

Recibido: 13.12.2018 / Aceptado: 16.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4656>

Resumen: A través de esta interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017 se aborda el estudio de la competencia judicial de los tribunales españoles para entrar a conocer de un supuesto de secuestro internacional de menores, en un caso de múltiples aristas internacionales, y con el traslado de una menor de un país no firmante del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, Nigeria a España. Se observa el trato desigual que puede llegar a tener un caso similar, si el traslado se hace de un país que no es firmante del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 a otro país que sí lo es.

Palabras clave: secuestro internacional, competencia judicial internacional, España, Nigeria, residencia habitual, menores.

Abstract: Through this interesting judgment of the Provincial Hearing of Barcelona of October 2, 2017 there is approached the study of the international jurisdiction of the Spanish courts to begin to know about a case of minors' international kidnapping, in a case of multiple international edges, and with the movement about minor one about a not signatory country (Nigeria) of Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, to Spain. Is observed the unequal treatment that can manage to have a similar case, if the movement is done of a country that is not a signatory of the Convention of 25 October 1980 to another country that yes it is.

Keywords: child abduction, international jurisdiction, Spain, Nigeria, habitual residence, minor.

Sumario: I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017. II. Perspectiva inter-estatal. Instrumentos legales internacionales contra el secuestro internacional de menores. III. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980: un convenio internacional inter partes. IV. Novedades en el marco legal nacional de la Ley de enjuiciamiento civil. Art. 778 LEC. V. El dato clave: la "discriminación procesal". Ni acción, ni procedimiento en el Derecho español para la restitución de un menor sustraído ilegalmente con residencia habitual en un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980. VI. Determinación del concepto residencia habitual en los casos de sustracción internacional de menores. VII. Conclusiones.

I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017.¹

1. La Ley de la Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio, ha introducido dos nuevos procedimientos dentro de los procesos de familia del Libro IV de la LEC: Por un lado, el procedimiento para obtener la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y por otro, el proceso para declarar la ilicitud del traslado o retención internacional de un menor. El legislador español ha escogido trasladar esta materia de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa, modernizando estos procedimientos e intentando introducir reformas con la finalidad de asegurar una mejor protección del menor y sus derechos. En este trabajo se va a ver cómo funciona este procedimiento al hilo de un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017.

2. En la actualidad, es un hecho indiscutible la internacionalización de la sociedad. Las facilidades que se presentan hoy día a todos los niveles (transporte, comunicación, etc.) ocasionan un gran flujo de movimiento internacional por todo el mundo. El rasgo característico que presenta el mundo en la actualidad es su planitud. Esto lo plasma con brillantez el economista Thomas Friedman en su sugestiva obra *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*. Básicamente, lo que este autor expone es que la tierra es plana porque todo está interrelacionado². Es un hecho que resulta incontrovertible, el mundo se encuentra fuertemente globalizado, ese dato ya no se puede obviar. Los avances de tipo tecnológico, el aumento de conocimientos técnicos, la revolución digital, en definitiva, las eliminaciones de las barreras geográficas producen que el traspaso de fronteras sea ágil, rápido y sencillo. Los distintos tipos de familia de nuestra época efectúan una vida altamente internacional, y cada vez más. Esto tiene un resultado y es que los menores, por consiguiente, también se desplazan con sus progenitores, establecen su residencia habitual en distintos lugares, o bien, los padres se ven forzados a viajar y ellos a permanecer con otros familiares, las opciones son múltiples. Lo que es incuestionable es que en los últimos tiempos se ha observado un crecimiento exponencial de casos de secuestro internacional de menores. Y tras poner de relieve este dato se ha de subrayar otro dato muy importante: el operador jurídico del Siglo XXI ha de estar formado y preparado para aportar soluciones jurídicas a estos casos internacionales y para de este modo, satisfacer el interés del menor en el caso concreto. En definitiva, tiene que estar preparado para tutelar adecuadamente los intereses que están envueltos en estos casos. Y a continuación se observa un caso completamente internacional para analizar la normativa que cubre los supuestos de sustracción internacional de menores, a nivel internacional y nacional.

3. Según se extrae de los datos de la sentencia la resolución de instancia declara la incompetencia del Juzgado para el conocimiento de la demanda de restitución inmediata de la menor, interpuesta por su padre contra la madre. Estima la juzgadora de instancia que, dada la nacionalidad de los intervinientes, lugar de celebración del matrimonio, y último domicilio familiar, no les es de aplicación el procedimiento previsto en el art. 778 *quarter* de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los hechos relatados por el promotor del expediente, sucintamente expuestos, son los siguientes: El matrimonio formado por los padres de la menor, fue contraído en República Dominicana, son residentes en Laos, Nigeria y el padre de la menor reside en Marruecos, desde el año 2009. Tras un viaje a la República Dominicana, madre e hija llegan a Barcelona donde se instalan en el mes de enero de 2016. El padre de la menor, ante el no retorno a Nigeria de madre e hija, presenta solicitud de restitución de la menor a su país de residencia habitual, Nigeria. En fecha 28 de diciembre de 2016 el mismo Juzgado dicta Auto de adopción de medidas cautelares sobre la menor acordando la prohibición de salida del territorio salvo autorización judicial, prohibición de expedición de pasaporte y entrega inmediata al Juzgado del vigente, así como la prohibición de cambio de domicilio.

4. El art. 3 a) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, que sustancialmente establece que: "El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos, cuando se haya producido con in-

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017. ECLI:ES:APB:2017:7514A

² T. FRIEDMAN *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*, Ed. Martínez Roca, S.A., Madrid, 2005, p. 7.

fracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención". Este Convenio posee, aunque no solo, las finalidades de: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante y b) Vigilar que los derechos de custodia y de visita efectivos en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes. Por su parte el artículo 2, apartado 11) del Reglamento 2201/2003 de la Unión Europea entiende por traslado o retención ilícita cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor" Ahora bien, lo que aquí con carácter previo al examen de si existió un traslado ilícito lo que está claro es que ha de determinarse la competencia de los tribunales españoles para conocer de esta cuestión, como nos impone el art. 48.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y es entonces donde hemos de estar a lo dispuesto en el art. . 778 quarter de la LEC, introducido por la Ley 26/2015 de 28 de julio. Este precepto dispone que "*1. En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional.*"

5. Del auto se desprende claramente que el precepto no será aplicable a aquellos supuestos en que el menor procediera: a) de un Estado que no forme parte de la Unión Europea o b) que se trate de un Estado que no sea parte de algún convenio internacional. Nigeria, país de residencia habitual de la menor, no es, evidentemente, un Estado miembro de la Unión Europea. Tampoco consta Nigeria como Estado parte en el Convenio de la Haya ni en ningún otro Convenio internacional en materia de protección de menores de la que derive la competencia de los tribunales españoles, lo que conduce necesariamente a la desestimación del recurso, confirmando la resolución de instancia.

6. La reflexión sobre esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017 se hace necesaria en el sentido de la discriminación que se produce en relación con la sustracción de un menor desde un Estado parte en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, o desde un Estado no parte en ese Convenio.

V. El dato clave: la "discriminación procesal". Ni acción, ni procedimiento en el Derecho español para la restitución de un menor sustraído ilegalmente con residencia habitual en un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980.

7. En esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017 se hace patente una lamentable realidad: la discriminación procesal que se produce según sea el país desde el que se traslada al menor parte en el Convenio de La Haya de 1980. Si el menor es trasladado desde un país que no es parte en el citado Convenio, en España no existe tan siquiera acción, ni procedimiento para poder instar la acción de retorno directo que tiene como regla principal el Convenio siempre que el traslado no se haya producido hace más de un año y no se alegue y se pruebe alguna de las causas del art. 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

8. Se hace imposible en nuestro país instar el retorno a su país de residencia habitual Nigeria de una menor trasladada a España. El art. 778 *quater* LEC sólo permite iniciar el procedimiento de retorno

del menor a su país de residencia habitual en el caso de que resulte aplicable "*un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea*". Este artículo de la LEC establece de forma cristalina que ese procedimiento "*no será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la UE ni sea parte de algún convenio internacional*". De este modo se produce una grave discriminación hacia estos supuestos, y finalmente, lo que se produce es la legalización de esa sustracción, que rompe con lo que la normativa internacional establece con carácter general³.

9. No se puede solicitar la restitución del menor en este caso porque el legislador español impide que el progenitor tenga acción ya que el niño procede de un país no parte del Convenio de la Haya de 1980, Nigeria. En realidad, esta discriminación no tiene ningún punto positivo, no se gana nada con ella, porque a pesar de que España no incumple sus obligaciones internacionales, aunque no acepte que exista esta acción, el interés del menor se ve seriamente perjudicado. Esta solución adoptada por el legislador español no encaja con el principio de suprema tutela que se ha de defender en los casos de sustracción internacional de menores: el interés superior del menor. El legislador impide incluso la aplicación por analogía de las normas que se podrían aplicar en el resto de casos de sustracción. Y la solución que el legislador español deja al progenitor que no es el sustractor es una solución muy deficiente como se expone a continuación.

10. La única alternativa que subsiste para el progenitor no sustractor sería litigar en Nigeria, con las normas del Derecho nigeriano. El reparto de competencias resulta correcto cuando conoce el tribunal del país de residencia habitual del menor, pero siempre que el menor se encuentre en dicho país. En caso contrario, hay riesgos de que se pueda producir la ejecución en España de la sentencia nigeriana, y el resultado será que el menor se quede en España, y se legalice por lo tanto el secuestro del mismo. Si finalmente el progenitor puede litigar en Nigeria y conseguir que los órganos jurisdiccionales de dicho país dicten una sentencia que inste el retorno de la menor al país de su residencia habitual. Una vez tenga esa sentencia que le sirva al progenitor como título para reconocerla en nuestro país, con los trámites que sean precisos y que recoge nuestra normativa, podrá exigir el retorno de la menor a Nigeria. Se debe resaltar que todo esto comporta tiempo, esfuerzo y mucho desgaste emocional y económico para conseguir lo que los instrumentos legales internacionales (Reglamento Bruselas II bis y Convenio de La Haya de 1980) desarrollan como base general para evitar la legalización de los secuestros internacionales de menores.

11. La regla general del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de La Haya de 1980 es el retorno inmediato del menor al Estado de su previa residencia habitual. Esta legislación internacional no ordena que el retorno de los menores sea a una persona, sino lo que se pretende es que los menores regresen a su residencia habitual, y que no sean cosificados y trasladados como si fueran un equipaje. Esto es lo que garantiza el interés superior del menor. El menor debe ser restituido a su residencia habitual siempre y cuando no existan razones para evitar ese retorno.

12. Los daños psicológicos que los secuestros de menores por sus progenitores causan a dichos menores deben ser expuestos. Este es un importante aspecto que se ha de destacar ya que la piedra angular sobre la que gira todo el Derecho relativo a la sustracción internacional de menores es el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Este convenio expone que el interés superior del menor está en que el menor permanezca en el Estado de su residencia habitual. Las disposiciones del convenio reflejan la presunción fundamental de que el traslado o retención ilícitos del menor son generalmente perjudiciales para su bienestar⁴ y de que en la mayoría de los casos, se atenderá al interés superior del menor si se lo restituye al Estado de su resi-

³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 527-528.

⁴ La afirmación de que la sustracción internacional de niños tiene efectos perjudiciales para su bienestar ha sido confirmada en varios estudios, p. ej.: M. Freeman, *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, 2014; G.L. Greif, *The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy*, American Journal of Family Therapy, vol. 37, 2009, pp. 273-286.

dencia habitual. Esta solución también obedece a que esa restitución inmediata del menor responde a la voluntad de restablecer una situación modificada unilateralmente por uno de los progenitores, es decir, reponer el *statu quo ante*.

13. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores, establece que es deseo de los Estados signatarios proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita que el progenitor no custodio ostente respecto al menor⁵.

14. Un aspecto queda demostrado, y es que cuando se produce el traslado de un menor desde el país de su residencia habitual a otro de forma ilegal es negativo siempre para el menor. Las razones de esta repercusión negativa del traslado de un país a otro de forma ilegal sobre el menor se presentan a continuación.

15. El secuestro internacional provoca en los niños un grave desequilibrio en su normal desarrollo. Y por supuesto, según en la edad en que este secuestro se produzca, el menor puede sufrir graves traumas psicológicos. Una vez que se ha producido el secuestro el menor puede presentar diversos comportamientos, que van desde pequeños cambios en el estado de ánimo (períodos oscilantes entre alegría y tristeza), regresiones significativas en su comportamiento (volver a orinarse en la cama, volver a chuparse el dedo, hablar a media lengua, etc.). Y reconocidos estudios señalan que los menores que han sido secuestrados, están expuestos con mayor probabilidad a una serie de desventajas psicológicas y sociales. Estas desventajas los hacen vulnerables a influencias perjudiciales exteriores. Y se pueden resumir en los siguientes los efectos que pueden sufrir las víctimas infantiles: depresión; pérdida de arraigo; pérdida de seguridad, estabilidad y confianza; timidez excesiva, aunque sea en acontecimientos ordinarios; soledad; cólera; impotencia; interrupción en la formación de la identidad; miedo al abandono; y en muchos casos, los menores tienden a culpabilizarse de lo ocurrido, sin llegar a entender lo que ocurre⁶.

16. La acción directa de retorno presenta como objetivo único y principal que los menores vuelvan al país de su residencia habitual. Con carácter previo se ha de indicar que surge una problemática, ya que el concepto de residencia habitual no aparece definido en ninguno de los textos legales que regulan los aspectos jurídicos relativos a la sustracción internacional de menores. La definición de este concepto de “residencia habitual” no aparece ni en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, ni en el Reglamento Bruselas II bis. Ante esas lagunas conceptuales se ha de indagar sobre lo que expone al respecto la jurisprudencia. Los jueces en la resolución de los concretos casos colman esas lagunas que presentan las legislaciones de carácter internacional que regulan la sustracción internacional de menores.

VI. Determinación del concepto residencia habitual en los casos de sustracción internacional de menores

17. La residencia habitual es un concepto fáctico, en los textos legales que lo emplean. Y es fundamental en este punto establecer qué se debe entender por residencia habitual del menor en los casos de sustracción internacional de menores.

⁵ En este sentido lo declara el FD Tercero del AAP Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2005 [No restitución, madurez de los menores para ser escuchados]. Id Cendoj: 20069370022005200281. ECLI:ES:APSS:2005:700A

⁶ La afirmación de que la sustracción internacional de niños tiene efectos perjudiciales para su bienestar ha sido confirmada en varios estudios, p. ej.: M. Freeman, *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 and *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, 2014; G.L. Greif, *The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy*, American Journal of Family Therapy, vol. 37, 2009, pp. 273–286.

18. Por “residencia habitual”, en una conceptualización europea, debe entenderse el lugar donde radica el “centro social de vida del menor”, el lugar donde radican sus vínculos afectivos no necesariamente familiares, derivados de su vida cotidiana. Así lo apunta la jurisprudencia, (Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005⁷), el “espacio físico en el que el menor desarrolla sus actividades diarias, espacio en el que se encuentra el centro de sus intereses” (Sent. 1 Juzgado Mixto Carabayllo, Perú 19 julio 2005 [sustracción desde Argentina al Perú]⁸). La residencia habitual del menor radica en el lugar donde éste tiene el centro de sus vínculos afectivos, y no solo parentales, derivados de su vida cotidiana, y es una “noción de hecho” (Sent. Corte Cass Italia 30 junio 2014 [menor trasladado desde Grecia a Italia]⁹). El tribunal del Estado parte requerido es competente para concretar el país de la residencia habitual del menor (SAP Barcelona 1 octubre 2013¹⁰ [sustracción de menores desde Madeira]). Y se debe precisar en este sentido lo que sigue:

- (a) No es definitiva a estos efectos la duración de la residencia en un país, de modo que el menor puede tener su residencia habitual en un país, aunque lleve poco tiempo habitando en el mismo siempre que su centro social de vida se localice en tal país (AAP Vizcaya 18 diciembre 2007¹¹ [inexistencia de sustracción internacional de menores desde Holanda a España]).
- (b) Debe realizarse un *day-to-day test* para acreditar el lugar de residencia habitual del menor (Sent. Jerusalem District Court, Israel, 11 noviembre 2004 [denegación de restitución desde Israel a USA¹²]).
- (c) La residencia habitual es un concepto fáctico, que no depende de datos jurídicos como la inscripción del menor en Registros, padrones municipales u otros sistemas de control administrativo, o el domicilio legal o la nacionalidad o la autorización de residencia o trabajo en un país¹³.

19. La jurisprudencia europea expone que el concepto de “residencia habitual” del art. 8.1 RB II-bis debe identificarse con el “lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”¹⁴.

20. El concepto de “residencia habitual” que emplea el Reglamento Bruselas II-bis resulta muy similar al utilizado por los convenios internacionales elaborados por la Conferencia de La Haya de DIPr. sobre protección de menores. De este modo, la “residencia habitual” es una “noción fáctica”, es una “noción de hecho”¹⁵.

21. Se corresponde con el “centro social de vida del menor”. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia española en los siguientes pronunciamientos. AAP Burgos 29 julio 2010¹⁶ [residencia en

⁷ Sentencia Corte Cassazione Italia, 2 febrero 2005. *Rivista di Diritto internazionale privato e procesuale*. Anno XLII, N°2. Aprile, giugno 2006. Edizione Cedam Padova. Pp. 425-429.

⁸ Texto en INCADAT. Link: <https://www.incadat.com/es>

⁹ Texto en INCADAT. Link: <https://www.incadat.com/es>

¹⁰ SAP Barcelona 1 de octubre de 2013 [Restitución de los menores a Madeira]. Id Cendoj: 8019370182013100558 ECLI:ES:APB:2013:11168. Link: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6891369&links=&optimize=20131127&publicinterface=true>

¹¹ SAP Vizcaya de 18 de diciembre de 2007 [Determinación de la RH de los menores, no aplicación de CH 1980 porque no hay traslado ilícito] Id Cendoj: 48020370042007200231 ECLI:ES:APBI:2007:1571A. Link: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=730347&links=&optimize=20080424&publicinterface=true>

¹² Texto en INCADAT. Link: <https://www.incadat.com/es>

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 550-551.

¹⁴ Así lo determina la siguiente jurisprudencia: STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, W, V vs. X, FD 60, ECLI:EU:C:2017:118. STJUE 2 abril 2009, menores C, D y E, FJ 44. ECLI:EU:C:2009:225. STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, Mercredi, FD 46-47. ECLI:EU:C:2010:829. AAP Valladolid 21 febrero 2011, [determinación de la residencia habitual de menor empadronado en España, pero con centro social de vida en Francia]. Id Cendoj: 47186370012011200025. ECLI: ES:APVA:2011:165A

¹⁵ STJUE 8 junio 2017, C-111/17 PPU, OL vs. PQ, FD 51. ECLI:EU:C:2017:436.

¹⁶ AAP Burgos 29 julio 2010 [residencia en España de menores a efectos de nombramiento de defensor judicial en partición de herencia y padre con residencia temporal de facto en Austria]. Id Cendoj: 09059370022010200033 ECLI: ES:APBU:2010:647A

España de menores a efectos de nombramiento de defensor judicial en partición de herencia y padre con residencia temporal de facto en Austria].

22. Asimismo se observa en este sentido el pronunciamiento de la AP Barcelona 21 enero 2015 [divorcio entre cónyuges ecuatorianos]¹⁷. Se trata del lugar en cuyo ambiente familiar y social se encuentra integrado el menor. La residencia habitual del menor radica en el Estado miembro donde éste tiene una presencia física que no es de “carácter temporal u ocasional”¹⁸.

23. La única opción que le quedará al progenitor es litigar en el Estado de nueva residencia de la menor por su derecho de custodia. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental se determinará exclusivamente con arreglo a los foros recogidos en el Reglamento Bruselas II-bis, cuando el sujeto menor de edad según su Ley nacional (art. 9.1 CC) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o como sucede en este caso, en España, si así se desprende de los datos fácticos que componen el concepto de residencia habitual. Así se observa intachablemente en la SAP Zaragoza 20 abril 2012¹⁹, ponente de la Sentencia la magistrada María Jesús Sánchez Cano [menores marroquíes]. En dicho supuesto, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños] resulta totalmente inaplicable a la cuestión (art. 61.a RB II-bis). El art. 22 LOPJ resulta también totalmente inaplicable a este supuesto²⁰.

24. Sin embargo, en este caso concreto se plantea la dificultad de determinar en qué lugar tiene su residencia habitual la menor ¿la menor reside habitualmente en España o en Nigeria? Esta es la clave, la determinación de su lugar de residencia habitual para saber dónde se podrá litigar para establecer unas medidas de protección para esta menor. El tiempo es un factor determinante para determinarlo, esta es una cuestión innegable, pero, cuánto tiempo es necesario que transcurra para considerar que la menor tiene su residencia en España después del secuestro por su madre. Como antes se ha expuesto el concepto de residencia habitual es un concepto fáctico, que no se define en los textos legales, y que se determina en el caso concreto. Pero, aunque la normativa no nos ofrezca un tiempo determinado para considerar que la menor tiene su residencia habitual en un determinado país, sí que en el Convenio de La Haya de 1980 hay una causa que determina que el menor se encuentra, con carácter general, integrado en su nuevo medio, y ese plazo es el de un año.

25. Se puede considerar que el Convenio de La Haya de 1980 en este sentido ofrece una guía, un dato de suma importancia a tener en cuenta para considerar que un menor secuestrado por su progenitor y trasladado a un país distinto al de su residencia habitual se encuentra integrado en este nuevo país: un año. Evidentemente, se ha de atender a las circunstancias del caso concreto, porque el menor puede que esté integrado y tenga su centro social de vida antes de ese año desde que se produce su secuestro. Es posible que el menor tenga una integración más rápida, que aprenda el idioma, que tenga amigos, vaya al colegio, en definitiva, una vida nueva, su centro social de vida en España si se atiende a los datos del caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de octubre de 2017.

VII. Conclusiones

26. A continuación, se exponen las conclusiones finales de este trabajo, que analiza las consecuencias de la falta de acción en casos de sustracción internacional de menores cuando el menor es

¹⁷ SAP Barcelona 21 de enero de 2015 [divorcio cónyuges ecuatorianos] ECLI: ES:APB:2015:201. Id Cendoj: 08019370122015100016

¹⁸ STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, W, V vs. X, FD 61. ECLI:EU:C:2017:118. STJUE 8 junio 2017, C-111/17 PPU, OL vs. PQ, FD 42-43. ECLI:EU:C:2017:436.

¹⁹ SAP Zaragoza 20 abril 2012 [menores marroquíes con residencia habitual en España] ECLI: ES:APZ:2012:1015

²⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2017, p. 485.

trasladado de un Estado que no es parte en el Convenio de La Haya de 1980 a otro Estado que sí es parte en el mismo.

27. El Derecho procesal español presenta un carácter ancilar para la determinación de la competencia judicial internacional del tribunal español ante el que se interpone la demanda. Pero en este caso se observa una discriminación en los supuestos en los que el menor ha sido trasladado desde un país no firmante de un instrumento legal internacional relativo a sustracción internacional de menores, como es el Convenio de La Haya de 1980. Se deben distinguir dos extremos: el primero, si existe el traslado ilícito del menor a un país distinto del de su residencia habitual, el Convenio de La Haya aporta una acción de retorno directa que encaja perfectamente con el interés superior del menor. El segundo, cuando el Estado desde el que se traslada el menor no es parte en el Convenio de La Haya no hay acción para solicitar el retorno directo del menor. Si esto es así y el ordenamiento jurídico español no posibilita acción a la parte no cumple con el interés superior del menor. El problema en este punto es de carácter sustantivo, se trata de la falta de acción en el ordenamiento jurídico español, tal como establece el art. 778 de la LEC.

28. En estos casos existe la obligación de asegurar la protección del interés del menor. Sobre todo, en estos tipos de casos la señal de una firme tutela del menor viene establecida por las medidas del ordenamiento jurídico español. Esto quiere decir que cuando existan condiciones subjetivas para la restitución del menor se facilitará que el procedimiento sea adecuado para conseguirlo, aunque este extremo no está vinculado con la cuestión de la competencia judicial internacional. El traslado del menor de un país a otro cuando se realiza sin el consentimiento del otro progenitor que ejerce la patria potestad sobre ese menor es un traslado ilícito, esto es un dato.

29. Además, el interés del menor, salvo que se pueda probar lo contrario, será siempre su retorno al Estado donde poseía su residencia habitual, justo antes de su traslado ilícito. Esa es la regla general y, por lo tanto, aplicable a todos los menores. La regla particular, excepcional, que es el no retorno del menor al país de su residencia habitual solo es aplicable a un concreto menor, en un supuesto concreto. El menor no es una cosa que se pueda trasladar de un Estado a otro según el provecho, beneficio o comodidad de uno de los progenitores. El derecho que tiene es a permanecer en su ambiente social, familiar y personal. La norma principal del Convenio de La Haya de 1980, y la que sigue también el Reglamento Bruselas II bis es la de que el interés del menor radica en permanecer en el país donde tiene su residencia habitual. Sin embargo, se han de tener muy presentes las excepciones a esa regla general. Siempre esas excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva, porque la regla general y principal de estos instrumentos legales internacionales es la acción directa de restitución. La jurisprudencia española a la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1980 ha ido modificando su criterio, y así se observa en sus distintos pronunciamientos. En los albores de su aplicación, los tribunales españoles cuando adoptaban decisiones en este sector denotaban tintes muy nacionalistas: si el niño era hijo de español, el menor se quedaba con su progenitor español, es decir, el niño se quedaba en España. Aquí resulta conveniente recordar el triste caso de María José Carrascosa, que legalizó el secuestro de su hija en España, y las consecuencias del mismo fueron infaustas, ya que la niña terminó criándose con sus abuelos en Valencia, alejada de sus progenitores y en un Estado que no era el de su residencia habitual. La menor debía haber regresado a Estados Unidos de América para que se cumpliera el acuerdo entre los padres. Este caso es un resto de la vieja jurisprudencia nacionalista que perjudica al menor. No obstante, esa tendencia ha ido cambiando, ya no es así, los tribunales cada vez son menos nacionalistas y velan por la correcta aplicación del Convenio y de sus excepciones. Es decir, velan por la justa aplicación de las normas internacionales que se aplican a estos supuestos.

30. Esta situación vulnera lo previsto en la Convención de Nueva York sobre derecho de los niños de 20 de noviembre de 1989. Si no se puede dictar una orden de restitución de la menor a Nigeria, porque no existe acción para ello, se está perjudicando a la menor y no se está velando por la correcta protección del interés superior de la misma. Este es un resultado contrario a lo que establece el artículo 3.1 del Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989: 1. *En todas las medidas concernientes*

a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

31. Ante esta situación se pueden señalar distintas soluciones para este supuesto:

- a) La primera solución sería la de aplicar por analogía *legis* el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Pero esta solución no sería posible, no se puede mantener el cauce ordinario de cooperación judicial internacional o de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras cuando no resulta aplicable un convenio; carácter *inter partes*.
- b) Otra solución sería la aplicación por analogía *juris* del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 y esta sí podría ser aplicable. De este modo, el tribunal no aplica la el Convenio de La Haya de 1980, pero sí que aplicaría el principio en el que se inspira la norma. El interés superior del menor se protege cuando se retorna el menor a su residencia habitual, tal como expone la regla general que contiene el convenio.
- c) La tercera solución que se puede aportar: monitorizar el sistema y ante la injusta situación, dictar una orden de retorno por el principio general que sintoniza con el interés superior del menor. El principio del interés superior del menor debe “monitorizar” los resultados de la aplicación de las normas positivas, tal como se ha expuesto en este trabajo.

32. Esa monitorización del principio de interés superior del menor se realiza en cada caso concreto. Los resultados de la aplicación de las normas internacional privadas de todo el Derecho español, ya sean de Derecho internacional privado de producción internacional, europea o netamente nacional deben de ser afines a este principio y respetarlo. Si esto no es así, y los resultados de la aplicación práctica de las normas no respetan escrupulosamente este principio superior del ordenamiento jurídico, el operador jurídico tiene la obligación de modificarlo, para que la aplicación del Derecho español sea considerada óptima y se ajuste al principio de interés superior del menor. En un caso específico como es este que nos ocupa, este principio superior del ordenamiento jurídico inspecciona, vigila, controla e incluso subsana el resultado al que conduce la aplicación de nuestro sistema legal positivo.

33. Este caso es muy importante porque pone de relieve que el principio del interés superior del menor no depende de su nacionalidad, o de su país de origen. Estas circunstancias concretas de ese menor no deben operar si ese menor es discriminado por estas razones. Si las normas no cumplen con los objetivos que persiguen, como es el respeto al principio del interés superior del menor, deben de ser rectificadas por los tribunales, que a través de esa rectificación crean una jurisprudencia de valores. Hay que reorientar el sistema jurídico para que se cumpla con el absoluto respeto de la protección del principio de interés superior del menor.

34. Por lo tanto, las normas de Derecho internacional privado no pueden obstaculizar ni poner límites al principio del interés superior del menor, por el contrario, las normas internacional privatistas deben potenciar la protección de ese interés. La aplicación de las normas no puede generar una segregación entre los menores, y diferenciar entre los menores trasladados de un país no parte en el Convenio de La Haya de 1980 y el resto de países. Cualquier discriminación en este sentido perjudica el interés superior del menor. Esta situación se debe evitar, ya que la aplicación de las normas de Derecho internacional privado siempre debe velar por la adecuada protección del interés superior del menor.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN PARCIAL
DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS Y ORDEN
PÚBLICO EN LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA
INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL. COMENTARIO
AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA
(SECCION 2ª) NÚM. 120/2018, DE 9 DE MARZO

PARTIAL RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN
DECISIONS AND PUBLIC ORDER UNDER THE SPANISH ACT
ON INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL
MATTERS. COMMENT ON THE ACT OF THE SPANISH COURT
OF APPEAL OF GIPUZKOA (SECTION 2) NUMBER 120/2018,
OF 9TH MARCH

PROFESORA DOCTORA NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI
Profesora Investigadora Ramon y Cajal
Universidad del País Vasco

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 04.02.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4657>

Resumen: En el presente Auto la Audiencia Provincial de Gipuzkoa otorga el exequatur a una Sentencia de divorcio dictada por el Tribunal Jaafarita Religioso de Saida del Líbano con la excepción de determinados convenios considerados contrarios al orden público.

Palabras clave: exequatur, Ley de Cooperación Jurídica Internacional, divorcio, orden público, reconocimiento parcial.

Abstract: This paper analyzes the Act of the Spanish Court of Appel of Gipuzkoa about the recognition and enforcement of the Judgment of Court Jaafarita of Saida (Libano) about a marriage dissolution.

Keywords: exequatur, partial enforcement, Spanish Act on International Judicial Cooperation, marriage dissolution, public order.

Sumario: I. Introducción. II Hechos. III. Reconocimiento y ejecución en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. 1. Concepto de “resolución” y de “órgano jurisdiccional”. 2. Reconocimiento parcial. 3. El orden público como causa de denegación del reconocimiento. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El objeto de este trabajo es analizar el Auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 9 de marzo de 2018, que resuelve el recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado número 3 de San Sebastián, de 27 de abril de 2017, en el que se desestima la demanda de exequatur y se deniega el

reconocimiento de una Resolución extranjera de divorcio, emanada de la Corte Jaafarita Religiosa de Saida del Líbano.

2. La Audiencia Provincial guipuzcoana da la razón al apelante y otorga el exequatur a la Sentencia de divorcio libanesa pero de una manera parcial que alcanza al pronunciamiento principal del divorcio o meramente constitutivo del vínculo matrimonial y, sin embargo, deja fuera una serie de pactos que se incluyen en él y que ordenan las relaciones paternofiliales, la fijación de la pensión de alimentos, la utilización de la casa familiar o la renuncia de la esposa al ejercicio de acciones futuras. A continuación, tras una breve exposición de los hechos (II) abordaremos el régimen aplicable del reconocimiento y ejecución de la Ley de Cooperación Jurídica Civil Internacional aplicable al caso (III) deteniéndonos en los aspectos específicos más relevantes de la decisión: el concepto de “resolución” en la Ley de Cooperación Jurídica Civil Internacional (1), el reconocimiento parcial (2) y el orden público como causa de denegación del reconocimiento de parte de la resolución extranjera (3).

II. Hechos

3. Nos hallamos ante la solicitud de exequatur de una resolución extranjera dictada por un Tribunal libanes de corte religioso en el marco de un proceso de divorcio de un nacional español (el demandante) desarrollado en el Líbano. Del Auto de la Audiencia se desprenden varios datos a destacar antes de entrar a analizar el pronunciamiento. El demandante, de nacionalidad española, y su esposa contrajeron matrimonio en Saida, Líbano, en 2004. Tienen dos hijos en común. El 25 de abril de 2016 obtuvieron la Sentencia de divorcio dictada por el Tribunal o Corte Religiosa Jaafarita de Saida que confirmaba un divorcio compensatorio de los cónyuges. Así, la Sentencia reconoce el divorcio entre ambos cónyuges avalando un acuerdo previo ante el Tribunal competente para la tramitación y resolución de estos tipos de procedimientos para personas de la religión que ostenta la pareja. En el pronunciamiento se definen los derechos y obligaciones de las partes a través de determinados pactos que siguen las pautas establecidas por la Sharía musulmana para la configuración de las relaciones entre los cónyuges. Siguiendo la Ley islámica y según dichos pactos: la tutela de los hijos del matrimonio corresponderá al padre; si la madre divorciada se vuelve a casar no tendrá derecho a vivir en la casa donde viven sus hijos; la pensión alimenticia será fijada por el abogado del padre; la esposa promete no presentar futuras demandas para prohibir los viajes del marido por cualquier razón y la irrevocabilidad de los términos del divorcio sin un nuevo contrato.

4. La Sentencia de Instancia desestima la demanda de exequatur, tal y como se desprende de los fundamentos del recurso de apelación, poniendo en duda el origen de la resolución en tanto procede de un Tribunal religioso. Sin embargo, la Audiencia otorga el exequatur parcial de la sentencia de divorcio y los pactos del convenio a excepción de aquellos que no son susceptibles de homologación judicial por ir en contra del orden público español. La decisión se convierte en un ejemplo de la actual convivencia entre los distintos modelos de familia existentes en la sociedad española, derivados de la migración a Occidente de personas de países con otros modelos culturales, sociales y jurídicos, que comportan la aparición de conflictos jurídicos de base religiosa-cultural¹. La Ley de Cooperación Jurídica Internacional a través de su Título V se enfrenta a esta realidad plural a través del sistema de reconocimiento y exequatur de resoluciones extranjeras; y en esta tarea el reconocimiento parcial se convierte en una herramienta especialmente útil para alcanzar el necesario equilibrio entre el derecho a la identidad cultural y el respeto a los principios y derechos fundamentales de nuestra sociedad.

¹ Vid. Sobre las distintas figuras del matrimonio coránico y su disolución: A. GIMÉNEZ COSTA, “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español”, en C. LASARTE, A. DONADO, M. F. MORETÓN, F. YAÑEZ (Coord.): *Perspectivas del derecho de familia en el s. XXI: Congreso Internacional de Derecho de familia*, Instituto de desarrollo y análisis del Derecho de familia, Sevilla, 2003 ;desde una perspectiva de Derecho Internacional privado: P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en *Derecho de familia ante el s. XXI: aspectos internacionales* (coord. A.L. Caravaca y E. Castellanos), Colex, 2004, pp. 271-294,

III. Reconocimiento y ejecución en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional

5. La Ley 29/2015, de 30 de Julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil² (LCJIC) en su Título V establece un nuevo régimen para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras y el Auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa que nos ocupa es un reflejo de sus primeras aplicaciones a la práctica judicial³. Lo primero que debemos resaltar es que la LCJIC tiene carácter subsidiario respecto a las normas de la Unión Europea, los Tratados Internacionales ratificados por España y las normas de origen interno especiales, tal y como se establece en su artículo 2⁴. Por lo que su régimen de reconocimiento y ejecución únicamente se aplicará a aquellos supuestos que no se regulen ni por un instrumento europeo ni por un instrumento convencional. Es decir, a aquellas resoluciones dictadas en materia civil y mercantil procedentes de Estados con los que España no tiene suscrito Convenio alguno sobre reconocimiento y ejecución; o que teniéndolo no resulte aplicable, y a las resoluciones con origen en un Estado miembro de la Unión que no les sea aplicable la normativa europea.

6. Se trata, por tanto, de un régimen que se va a utilizar muy frecuentemente y sobre resoluciones dictadas en materia civil y mercantil procedentes de Estados muy heterogéneos situados en todos los rincones del mundo y, en ocasiones, con sistemas jurídicos que responden a modelos socioculturales muy distintos al nuestro. De modo que se introduce un sistema que no sólo solventa las deficiencias técnicas del anterior (951-958 LEC) sino que debe hacer frente a las crecientes necesidades de una sociedad cada vez más multicultural y abierta como es la sociedad actual (Preámbulo VIII, LCJIC). La Sentencia cuyo exequatur se solicita en nuestro supuesto proviene de un Tribunal del Líbano y ante la inexistencia de Convenio sobre reconocimiento y ejecución en materia civil entre España y el Líbano no caben dudas en torno a la aplicación del Título V de la LCJIC para regular su reconocimiento.

7. Desde un punto de vista temporal, según su Disposición Transitoria Única, la LCJIC se aplicará a las demandas de exequatur que se presenten ante órganos españoles con posterioridad a su entrada en vigor⁵, con independencia de la fecha en la que se hubiera dictado la resolución extranjera. En nuestro supuesto tanto la demanda de exequatur como la resolución que se quiere reconocer, de fecha de 25 de abril de 2016, son posteriores al 20 de agosto de 2015.

1. Concepto de “resolución” y “órgano jurisdiccional” en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional

8. Dentro del régimen de reconocimiento y ejecución aplicable debemos detenernos en el concepto de “resolución” incluido en la LCJIC puesto que se pueden plantear dudas sobre el carácter de la decisión que emana de un Tribunal religioso como la Corte Jaafarita de Saida y su consiguiente consideración como “órgano jurisdiccional”. De hecho, ese es el motivo que aparentemente esgrimió el Juzgado de San Sebastián para denegar el reconocimiento en primera instancia, tal y como se deduce de las alegaciones que sirven de base al recurso de apelación.

9. La LCJIC, al igual que los últimos instrumentos europeos, establece un sistema propio de definiciones de los conceptos incluidos en el Título V, reduciendo la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales realicen distintas interpretaciones de su contenido y dotando de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica al sistema⁶. Hay que destacar que se erigen en conceptos autónomos, propios de la

² BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

³ Al respecto, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *CDT* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, 158-187; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *CDT* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 234-259.

⁴ Aunque este artículo se limita a reiterar el sistema general de fuentes aporta orden y seguridad jurídica respecto al régimen anterior, tal y como destaca A. FONT I SEGURA, “Artículo 2” en F.P. MÉNDEZ, G. PALAO MORENO (Dir.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch-Registadores de España, Valencia 2017, pp. 52-65.

⁵ Según su Disposición Final Sexta, a los 20 días de su publicación, es decir 20 de agosto de 2015.

⁶ En este sentido, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 43. Definiciones”, en F.P. MÉNDEZ, G. PALAO MORENO (Dir.): *Comentarios*

LCJIC –y por tanto de Derecho Internacional Privado– así que pueden no concordar con conceptos de Derecho civil o procesal español.

10. En el artículo 43 a) LCJIC se instaura un concepto amplio de “resolución” al referirse a cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional con independencia de su denominación. Es la misma definición que encontramos en los últimos Reglamentos europeos, basada en el principio de confianza en la Justicia extranjera⁷. De modo que comprende cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional extranjero en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. El 43 c) incluye a toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales.

En materia de divorcio es muy habitual encontrarse con resoluciones en las que no ha intervenido una autoridad judicial si no que son adoptadas por otro tipo de autoridades que, sin ser órganos judiciales, (autoridades administrativas, notarios, encargados de registros e, incluso, autoridades religiosas) tienen atribuida la competencia para resolver sobre determinadas cuestiones de Derecho Privado en sus respectivos ordenamientos⁸. Siguiendo esta orientación el art. 2.1 del Reglamento Bruselas II bis considera “órgano jurisdiccional” a toda autoridad, judicial o no, que tenga competencias análogas en las materias integradas (en este caso) en el Reglamento. De manera parecida al art. 2.2. del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias que (al igual que el artículo 3.2 del Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones mortis causa) se refiere como órgano jurisdiccional a todas las autoridades, también administrativas, siempre que ofrezcan garantías y respeten el principio de independencia, imparcialidad, igualdad de las partes y el derecho a ser oídas, y que emitan resoluciones con efectos análogos a las dictadas por una autoridad judicial.

11. En definitiva, en aras a analizar si la Sentencia del Tribunal libanes se comprende en el concepto de “resolución” procedente de un “órgano jurisdiccional” del artículo 43 LCJIC, lo relevante es si la Corte Jaafarita de Saida ostenta la competencia para emitir una resolución firme de divorcio según el ordenamiento libanes, a pesar de ser un tribunal de carácter religioso. La respuesta se encuentra en el Fundamento de Derecho Primero del Auto de la Audiencia de Gipuzkoa que señala al Tribunal Religioso Jaafarita como la única autoridad judicial en temas de familia en el Líbano, además de que pronuncia una resolución de divorcio irrevocable que cumple con la Sharia musulmana. Por tanto, disentimos de la decisión de Instancia y, al igual que el apelante, consideramos que nos es motivo suficiente para denegar el reconocimiento el hecho de que la Resolución emane de un Tribunal religioso siendo el único competente para ello en el lugar de origen de la resolución.

2. El reconocimiento parcial

12. Los artículos 49 y 50.3 de la LCJIC permiten solicitar, obtener o conceder el reconocimiento y la ejecución parcial de una resolución extranjera. El reconocimiento parcial es algo habitual, tanto en los instrumentos europeos como en el Derecho comparado de los países de nuestro entorno (Preámbulo VIII de la LCJIC). De hecho, está expresamente previsto en varios de los Convenios bilaterales sobre reconocimiento suscritos por España y en parte de los Reglamentos europeos en la materia⁹. Antes del nuevo régimen instaurado por la LCJIC, el TS ya había admitido en varias ocasiones el reconocimiento parcial en el marco de ciertos Convenios bilaterales de reconocimiento¹⁰. Por su parte, el artículo 48 del Reglamento de Bruselas I también establecía dicha posibilidad cuando la resolución del Estado miembro se hubiera pronunciado sobre varias pretensiones de la demanda y el otorgamiento

a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, Tirant lo Blanch-Registradores de España, Valencia 2017, pp. 492-500; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I., 18 ed. Granada 2018, pp. 414-416.

⁷ Cif. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I., 18 ed. Granada 2018, p. 414.

⁸ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (eds), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000,

⁹ Como pone de manifiesto J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Artículo 49. Reconocimiento parcial”, en F.P. MÉNDEZ, G. PALAO MORENO (Dir.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch-Registradores de España, Valencia 2017, pp.572-579.

¹⁰ Vid. F., GARAU SOBRINO, “Nota al ATS de 15 de febrero de 2005”, *REDI*, Vol. LVIII, 2006-1, pp. 456-459.

de la ejecución no pudiera concederse para la totalidad de ellas. Y el Reglamento Bruselas II bis, lo prevé en su artículo 36.

13. El reconocimiento parcial puede darse cuando en una misma decisión judicial se contienen diferentes pronunciamientos independientes entre sí. Es decir, si entre ellos rige el principio de separabilidad pueden tratarse como decisiones distintas a efectos de su reconocimiento y, por tanto, admitirse la posibilidad de que unos se reconozcan y otros no sin que se vean afectados en su conjunto. Además, según la materia de que se trate las normas que rigen el reconocimiento van a ser distintas¹¹. En el ámbito de la nulidad matrimonial, separación y divorcio es frecuente que la decisión derivada de un procedimiento sobre crisis matrimonial incluya distintos pronunciamientos y que además del efecto constitutivo se regulen cuestiones en torno a la responsabilidad parental, los alimentos o las relaciones entre los cónyuges o excónyuges¹². Esta heterogeneidad de decisiones en un mismo pronunciamiento se refleja en la Sentencia de divorcio objeto de reconocimiento de este trabajo que contiene una serie de pactos en torno a la tutela de los hijos del matrimonio, que corresponden al padre por prescripción de la Sharia musulmana como medida derivada del divorcio; al uso de la vivienda por parte de la madre que si se vuelve a casar no tiene derecho a vivir con su nuevo esposo en la casa donde vive con sus hijos; a la determinación de la pensión alimenticia a satisfacer por el padre de los niños que se fijará por el abogado del padre y el pacto irrevocable de la esposa de no presentar demandada para prohibir el viaje del marido por cualquier razón.

14. Cuando en una misma resolución se incluyan pronunciamientos sobre distintas cuestiones puede suceder que algunos no sean susceptibles de reconocimiento¹³. E incluso unos pueden llegar a ser manifestamente contrarios al orden público del foro mientras otros ser compatibles, por lo que se precisa un reconocimiento parcial. Ello sucede en el supuesto que comentamos en el que la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, en virtud del artículo 49 LCJIC, otorga el reconocimiento al pronunciamiento principal sobre el divorcio de la Sentencia libanesa, con excepción de aquellos pactos que considera contrarios al orden público por contravenir claramente derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. En este caso el reconocimiento sirve para lograr un efecto atenuado de la excepción del orden público al afectar sólo a una parte del pronunciamiento, pero otorgar efectos a la causa principal¹⁴. La introducción del reconocimiento parcial en la LCJIC comporta una mayor adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la creciente internacionalización de las relaciones familiares derivada de los fenómenos de la inmigración.

3. El orden público como causa de denegación del reconocimiento

15. Dentro de las causas de denegación del reconocimiento y del exequatur el artículo 46.1 a) LCJIC incluye la contrariedad con el orden público: las resoluciones extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público. Con ello se impide el reconocimiento de aquellas resoluciones extranjeras que atenten contra normas y principios fundamentales del Derecho español. En el ámbito del reconocimiento, estos principios son fruto de una evolución que se inicia con la Constitución de 1978¹⁵

¹¹ M. VIRGOS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2007, 2ª ed., pp. 567-570.

¹² Un detallado estudio por R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, De Conflitum Legum. Estudios de Derecho Internacional privado, núm. 6. Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 339-488.

¹³ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas-Thomson Reuters, 9º ed. Madrid, 2016, p. 252,

¹⁴ Con anterioridad al régimen de reconocimiento parcial instaurado por le LCJIC jurisprudencialmente ya se habían visto algunas decisiones en las que se utilizó el reconocimiento parcial, como en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15) núm. 32/2010, de 15 de marzo comentado en J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Artículo 49... *op.cit.* p. 575 (572-579).

¹⁵ Vid., J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de divorcio”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 1984, pp. 242 y ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento...”, *op.cit.*, p. 179.

y se empapa de la influencia de los Reglamentos europeos y de su interpretación por el TJUE¹⁶. De modo que se considera que el reconocimiento de una resolución extranjera puede lesionar el orden público español si es contraria a alguno de los principios y valores constitucionales. El “orden público” internacional según el Tribunal Supremo se conforma como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales de derechos humanos¹⁷, y debe ser interpretado de manera restrictiva. Ello comporta -aunque la LCJIC no lo haya subrayado¹⁸- que debe suponer una vulneración manifiesta de los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento español.

16. En relación con lo anterior, queremos hacer hincapié en que la interpretación de “orden público” del artículo 46 en este caso debe hacerse en conjunto con el artículo 48 LCJIC que prohíbe la revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera¹⁹. Y es que el orden público como causa de denegación del reconocimiento no puede apoyarse en la existencia de distintos resultados (que lógicamente se derivan de la aplicación de distintas leyes) ni al hecho de que los tribunales españoles hubieran llegado a otra solución o hubieran obrado de otro modo; si no a la posibilidad de que el reconocimiento de dicha resolución pueda afectar al conjunto de principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico²⁰. Es importante resaltar este dato ante la eventual utilización del orden público como causa de denegación del reconocimiento de resoluciones sobre divorcio con origen, por ejemplo, en Estados musulmanes, en los que impere un procedimiento y/o concepto de divorcio divergente. Ello ha venido sucediendo en los casos en los que nos hallamos ante el reconocimiento de un divorcio de carácter revocable. Y está podría haber sido la razón del juzgador de Instancia para denegar el reconocimiento en el supuesto que nos ocupa. Lo importante en estos casos es analizar los efectos del divorcio y en qué medida la resolución extranjera supone la disolución completa del vínculo o si puede ser revocado por el mero acuerdo de los cónyuges, puesto que esa peculiaridad pondría en duda la estabilidad del estado civil²¹. Pero el divorcio dictado por la resolución del Tribunal Jaafarita de Saida es irrevocable y, por tanto, posee efectos análogos a los del divorcio que rige en nuestro ordenamiento, así que no vemos razón para considerar su reconocimiento contrario al orden público.

17. No sucede lo mismo con el régimen de obligaciones de las partes establecidas en el pronunciamiento de divorcio como consecuencia de su nueva situación. A la disolución del matrimonio le acompañan una serie de pactos que, tal y como dispone la Audiencia Provincial, no pueden ser susceptibles de reconocimiento por ir en contra del orden público y contravenir principios y derechos fundamentales de nuestro ordenamiento. De modo que haciendo uso del reconocimiento parcial no reconoce la totalidad del fallo y otorga el reconocimiento del divorcio, pero no de los pactos en torno a las relaciones paternofiliales, el uso de la vivienda familiar o la determinación de la pensión alimenticia. No cabe duda de que el hecho de que la tutela de los hijos del matrimonio se atribuya al padre por imperativo legal es contrario a nuestro ordenamiento jurídico interno y al principio de no discriminación por razón de sexo. Y que el uso de la vivienda familiar por la madre no puede depender de si contrae nuevo matrimonio sino del interés de los menores; ni la pensión alimenticia fijarse por el letrado de una de las partes litigantes en vez de fijarse de mutuo acuerdo o por el Órgano jurisdiccional competente. Tampoco puede reconocerse una renuncia a la interposición de acciones futuras porque colisionaría con nuestro ordenamiento y con la posibilidad de los cónyuges de solicitar la modificación de estas medidas (art. 775 LEC). En efecto, el reconocimiento de estos pactos comportaría efectos claramente contrarios a

¹⁶ Al respecto J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento”, en F.P. MÉNDEZ, G. PALAO MORENO (dir.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch-Registadores de España, Valencia 2017, p. 530 (pp.527-544).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, núm. 835/2013 (RJ/2014/833).

¹⁸ En este sentido el artículo adolece de una redacción desafortunada según J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 46”, *op.cit.*, p. 531

¹⁹ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Artículo 48. Prohibición de revisión del fondo.” en F.P. MÉNDEZ, G. PALAO MORENO (Dir.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch-Registadores de España, Valencia 2017, pp. 562 (560-571.)

²⁰ Cifr. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...op.cit.*, p. 435.

²¹ Vid., R. ARENAS GARCÍA, *Crisis...op.cit.*, p. 400-401.

principios y derechos fundamentales del ordenamiento español, por lo que concordamos con la decisión de reconocimiento parcial de la Audiencia guipuzcoana.

IV. Conclusiones

18. La decisión de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa que otorga el reconocimiento y la ejecución parcial a la Sentencia de divorcio del Tribunal religioso de Jaafarita de Saida es un ejemplo de la aplicación del Título V de la LCJIC que pone sobre la mesa las bondades del nuevo régimen interno de reconocimiento y corrobora su necesidad. La estimación del recurso de apelación por parte de la Audiencia en contra de lo decidido por el Juzgado de Instancia supone un paso hacia delante en la aplicación de principios básicos del sistema que habían sido reconocidos jurisprudencialmente y que ahora han sido recogidos por ley.

19. No cabe duda de que la LCJIC otorga una mayor seguridad jurídica y previsibilidad al sistema de reconocimiento. Se asienta el principio de confianza en la Justicia extranjera y reciprocidad en tanto se introduce una definición de “resolución” y “órgano jurisdiccional” en la que cabe cualquier autoridad con competencias análogas a las autoridades judiciales españolas. En este caso se acepta la decisión emanada de un Tribunal religioso que ostenta la competencia en materia de Derecho de familia en el Estado de origen de la resolución.

20. Se utiliza el reconocimiento parcial en un ámbito, las crisis matrimoniales, en el que estamos acostumbrados a que se produzcan decisiones con múltiples pronunciamientos puesto que la disolución del matrimonio conlleva una nueva situación familiar que debe ser reordenada. El reconocimiento parcial, como se pone de manifiesto en este supuesto, nos permite atenuar los efectos del orden público y alcanzar un resultado más acorde con una sociedad multicultural que demanda el respeto a la identidad cultural a la vez que protege los principios y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico español. Nos parece correcta la decisión de la Audiencia que admite el reconocimiento de la disolución del matrimonio sin entrar a valorar el fondo de la resolución del Tribunal libanes porque produce efectos análogos a los del divorcio en nuestro ordenamiento. Y que, sin embargo, no reconoce los pactos vinculados al pronunciamiento que claramente comportan efectos contrarios al orden público y que en este caso afectan a las relaciones paternofiliales, a los alimentos y a las obligaciones de los excónyuges. En definitiva, el Auto de la Audiencia asienta las bases de un sistema de reconocimiento que, como vemos, nos dota de las herramientas adecuadas en aras a satisfacer las necesidades de la sociedad actual.

LA PROMESA DE HECHO AJENO: CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

THE PROMISE OF A THIRD PARTY'S FACT: ISSUES OF INTERNATIONAL JUDICIAL COMPETENCE IN THE EUROPEAN UNION

GABRIEL MENGUAL PUJANTE

*Doctorando en Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 09.01.2019 / Aceptado: 14.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4658>

Resumen: La promesa de hecho ajeno es una modalidad contractual ampliamente conocida en la Unión Europea y, a su vez, paradigma de uno de los principios fundamentales del Derecho privado: la relatividad de los contratos. Desde una perspectiva axiológica y práctica, el operador jurídico debe conocer el escenario que puede devengarse en un supuesto internacional. Por ello, resulta oportuno trazar una aproximación al sector de la competencia judicial internacional en el Derecho Internacional Privado de la UE.

Palabras clave: promesa de hecho ajeno, relatividad de los contratos, Reglamento Bruselas I-bis, contrato de prestación de servicios, competencia judicial internacional.

Abstract: The promise of a third party's fact is a contractual modality widely known in the European Union and, in turn, paradigm of one of the fundamental principles of private law: the relativity of contracts. From an axiological and practical perspective, the legal operator must know the landscape that may arise in an international case. For this reason, it is appropriate to draw an approximation to the sector of the international judicial competence in the EU Private International Law.

Keywords: promise of a third party's fact, relativity of contracts, Brussels Regulation I-bis, contract for the provision of services, international judicial competence.

Sumario: I. Planteamiento general. II. Configuración de la promesa de hecho ajeno internacional: 1. *Privity of contract* o relatividad de los contratos. 2. La obligación del promitente como prestación característica. III. Determinación del tribunal competente en la Unión Europea: 1. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I-bis. 2. Foros de la autonomía de la voluntad y foro general del demandado. 3. Particularidad del foro especial en materia contractual. IV. Conclusiones.

I. Planteamiento general

1. Un mundo globalizado como el actual, donde la circulación de personas y bienes es vertiginosa, precisa que los operadores jurídicos sean conscientes de la multiforme realidad contractual. Si bien la legislación española no realiza un reconocimiento explícito a la promesa de hecho ajeno, la doctrina ha sido unánime en afirmar su admisibilidad como contrato atípico. Atipicidad que también parece predi-

carse del tráfico jurídico interno¹ y que ha provocado un escaso interés por su estudio, sin embargo, esta circunstancia no puede motivar su desconocimiento.

2. Este negocio obligacional, en contraposición con lo anterior, si aparece en la normativa civil de múltiples Estados vecinos: ya en Francia con la *promesse de porte-fort*², ya en Italia con la *promessa del fatto del terzo*³. Consecuentemente, aun asumiendo que esta modalidad sea desconocida en el derecho interno, para el Derecho Internacional Privado no lo es y tampoco puede serlo, máxime cuando se añade la variable del elemento extranjero a la probabilidad de encontrar esa relación jurídica en el ámbito europeo.

3. Dada la posibilidad de que un conflicto transfronterizo tenga su origen en una promesa de hecho ajeno, deviene necesaria una aproximación al eventual escenario que se pueda presentar. Por todo ello, a fin de determinar el lugar donde deban sustanciarse esos conflictos, el presente estudio aspira a realizar un acercamiento a esta figura desde una óptica internacionalprivatista: el análisis de la competencia judicial internacional.

II. Configuración de la promesa de hecho ajeno internacional

4. Se entiende por promesa de hecho ajeno aquella estipulación en cuya virtud, una persona (promitente) se obliga frente a otra (promisario) para que le sea realizada una determinada prestación por parte de un tercero⁴. El carácter internacional de la estipulación vendrá determinado por la inclusión de un elemento extranjero en la esfera subjetiva u objetiva de la misma⁵.

5. **Ejemplo.** *Filippo* -con domicilio en Roma- se compromete frente a *Charles* -con domicilio en Lyon- y propietario de varios locales de fiesta en Ibiza, para que un afamado actor italiano (*tercero*) asista a una de sus salas durante la época estival.

6. Esta definición muestra la sinopsis propia del contrato, revelando una sustantividad particular que lo diferencia de otras figuras próximas en su estructura⁶. El promitente actúa aquí sin un mandato previo, es él quien asume una obligación⁷. No obstante, para su correcta identificación se deberá atender

¹ En igual sentido F. J. INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 317, habla de una "atipicidad social", afirmando que hasta el momento el Tribunal Supremo no ha dictado sentencias al respecto.

² Artículo 1.204 del Código Civil Francés: "*On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit*".

³ Artículo 1.381 del Código Civil Italiano: "*Colui che ha promesso l'obbligazione o il fatto di un terzo è tenuto a indennizzare l'altro contraente, se il terzo rifiuta di obbligarsi o non compie il fatto promesso*".

⁴ L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Thomson-Civitas, 2010, p. 553.

⁵ Siguiendo la tesis del "elemento extranjero puro", pues, como afirma J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI", *Anales del Derecho*, núm. 22, 2004, pp. 17-58, aunque no exista una base normativa que determine el momento en que una situación jurídico-privada tenga ese carácter internacional, dicha tesis debe prevalecer -coadyuvada por la tesis de "los efectos internacionales" en concretas aéreas-, atendiendo al objeto del Derecho Internacional Privado.

⁶ Se debe advertir que este vínculo puede manifestarse de múltiples maneras. Esta elasticidad en su conformación provoca que no siempre se haga visible como contrato principal o de modo independiente. Como ocurre en el mundo de la parasocialidad, es habitual que se introduzca como cláusula contractual. En ellos, los socios pueden respectivamente obligarse a conseguir que los futuros accionistas acepten dicho pacto. En caso de que no se produjera tal propósito, los socios firmantes vendrán obligados a indemnizar. Como indica M. IRIBARREN BLANCO, "Pactos parasociales y cambios de socios. (Una visión dinámica de los pactos parasociales)", *Revista de derecho de sociedades*, núm. 53, 2018, (recurso electrónico disponible en <http://www.aranzadigital.es>).

⁷ Esta circunstancia lo diferencia de los contratos celebrado en nombre y por cuenta de otra persona. A diferencia de los supuestos de representación o del *falsus procurator*, el elemento que lo caracteriza es la actuación del promitente en su nombre y por su propia cuenta. Vid. M. ALBADALEJO, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Librería Bosch, Vol. I, 1975, p. 373.

a la concreta forma en que se manifieste⁸. Por su parte, el hecho del tercero podrá ostentar una naturaleza diversa. La posibilidad se abre no solo a un comportamiento material, positivo o negativo, sino también a una actividad jurídica⁹.

7. Son numerosas las cuestiones que se suscitan en relación con ella, mas en aras de síntesis, y por su relevancia práctica, este apartado se centrará en dos puntos principales: la posición del tercero ante ese vínculo jurídico y la obligación del promitente como prestación característica.

1. *Privity of contract* o relatividad de los contratos

8. Para comprender la configuración de la promesa de hecho ajeno, es necesario que, con carácter previo, se analice la naturaleza fundamental de los contratos. Con el fin de materializar los intereses deseados por las partes, estos tienen la cualidad de transformar la realidad jurídica a través del establecimiento respectivo de derechos y obligaciones. Sin embargo, tal situación no depende en exclusiva del concierto de voluntades, pues, también responde a imperativos de índole moral y económica. Por este motivo, se afirma que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes¹⁰.

9. Cabe afirmar, expuesto lo anterior, que dicha *lex privata* no tiene una influencia absoluta en la realidad de las cosas. Aunque actúe como tal entre los intervinientes, no goza de la proyección general de la ley heterónoma¹¹. La delimitación de esa eficacia personal¹² resulta trascendente, ya que define el ámbito de actuación de esta paradigmática unión convencional.

10. El axioma del que se parte es que la autonomía de la voluntad no puede irrumpir en la esfera privada de aquellos que son extraños a la relación jurídica¹³. Un razonamiento tradicionalmente enunciado con la locución latina “*res inter alios acta tertius nec nocet nec prodest*” y que es expresión del llamado principio de relatividad¹⁴. Según éste, con carácter general, quienes no han intervenido en ese vínculo contractual no pueden adquirir obligaciones derivadas de aquel. Idea que encuentra su correlato en el *common law* bajo el denominado *privity of contract*¹⁵ y que, a pesar de los matices que puedan encontrarse en esa equivalencia conceptual, se presenta como principio básico y de gran trayectoria histórica en todo el Derecho privado europeo¹⁶.

11. De todo ello se colige que dicha estipulación sujetará exclusivamente al promitente y al beneficiario de aquella, luego el tercero permanecerá fuera del espectro obligacional y únicamente quedará obligado en el eventual supuesto de que lo consienta. El promisorio solo podrá dirigirse contra el promitente ante la frustración de lo prometido.

⁸ Como afirma F. J. INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 324, puede configurarse como contrato unilateral o bilateral (según pacten obligaciones únicamente para el promitente o para ambos recíprocamente), a título oneroso o lucrativo.

⁹ En igual sentido M. C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Giuffrè, 1992, p. 64.

¹⁰ J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Dykinson, 2011, pp. 513-520.

¹¹ M. CUADRADO IGLESIAS, “Consideraciones sobre el principio de relatividad del contrato y del contrato a favor de tercero como principal excepción”, en AAVV, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, La Ley, 2016, (recurso electrónico disponible en laleydigital.laley.es).

¹² C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Teoría General de la Obligación y del Contrato*, Edisofer, 2016, p. 423.

¹³ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Vol. I, Bosch, 1988, pp. 245-246; sintetizando las ideas expuestas por MESSINEO en su *Dottrina Generale del Contratto*, Milán, 1948.

¹⁴ Principio contenido en artículo 1.257 del Código Civil. Vid. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1.257”, en M. ALBA-DALEJO (Dir.), *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. I-A, Arts. 1254 a 1260 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1993, pp. 322-419.

¹⁵ Idea que ha sido expresada en términos similares: “*no one but the parties to a contract can be entitled under it, or bound by it*”. Como pone de manifiesto J. LOPEZ RICHART, *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, 2001, citando a J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 1998 (recurso electrónico disponible en <https://app.vlex.com>).

¹⁶ V. V. PALMER, “The stipulation pour autrui in Europe: first steps toward tomorrow's harmonization”, en S. SPIAU y A. VAQUER (Coords.), *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 171-188.

2. La obligación del promitente como prestación característica

12. Evidenciado que este vínculo contractual, *a priori*, es indiferente para el tercero¹⁷; el estatus singular del promitente quedará determinado en función de cómo se configure la obligación asumida. En este orden, la mentada prestación ha sido objeto de un debate doctrinal y jurisprudencial que aún se mantiene en el tiempo.

13. Como expone GULLÓN¹⁸, se pueden encontrar cuatro teorías con respecto a esa naturaleza:

- a) Una primera opción es la de considerar la prestación del promitente como una obligación de *facere*. La razón de quienes así opinan es que el promitente asume el deber de esforzarse y actuar diligentemente para conseguir que el tercero cumpla con lo estipulado, abandonando el resultado a la mera eventualidad¹⁹.
- b) Una segunda posición es la de quienes la entienden como un compromiso de conseguir el hecho del tercero. Se trataría de la denominada *cura cum effectu*, es decir, de una obligación de resultado²⁰.
- c) En tercer lugar, se encuentra la tesis que presenta al promitente como obligado a indemnizar. Según ésta, la obligación principal sería la de indemnizar bajo la condición suspensiva de que el tercero rechace efectuarlo. A través de ese deber pecuniario, el eje de gravedad obligacional consistirá en un *dare*²¹.
- d) Finalmente, cabe aludir al posicionamiento de aquellos que entienden la promesa de hecho ajeno como una modalidad de garantía. La obligación del promitente consistirá en la asunción del riesgo ante un potencial incumplimiento del tercero. Así, cuando se verifique este incumplimiento, el promitente indemnizará al promisorio.

14. El criterio sostenido aquí será determinante para concretar muchos aspectos. No solo cuestiones como el momento en que el emisor de la promesa quedará liberado, también para la fijación de contenidos sustanciales del Derecho Internacional Privado. Ciertamente, este extremo se erige como presupuesto previo y necesario para fijar la competencia internacional de los tribunales o la ley aplicable.

III. Determinación del tribunal competente en la Unión Europea

15. Se ha puesto de manifiesto que la promesa de hecho ajeno presenta una compleja configuración. Por este motivo, aunque pueda encontrarse un sinalagma perfecto si se pacta contraprestación, el supuesto sobre el que se va realizar el análisis de la competencia judicial internacional irá referido, exclusivamente, a la acción que puede ejercitar el beneficiario cuando el tercero no cumpla el hecho prometido y la estipulación se emita de forma independiente a cualquier otro vínculo contractual.

16. **Ejemplo.** *Francesco*, con domicilio en Génova, pretende adquirir un novedoso sistema de refrigeración para varias de sus naves industriales. Ante la necesidad de contratar a un equipo técnico especializado que lo instale, *Dominique*, con domicilio en Niza y antiguo socio, le comenta los servicios que presta *Hnos. S.L.* (empresa de un amigo con la que mantiene ciertos intereses). Tras convencerle, Dominique se compromete formalmente a que la mercantil realice la tarea en un breve periodo de tiempo y a bajo coste. Francesco, que aceptó esa oferta por lo ventajoso de sus condiciones, pretende ahora

¹⁷ E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981, p. 90.

¹⁸ A. GULLÓN BALLESTEROS, "La promesa de hecho ajeno", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17, núm. 1, 1964, pp. 3-20.

¹⁹ Entre otros, E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Firenze, 1920, núm. 56 p. 174; F. MESSINEO, "Il contratto in genere", *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, como indica E. BRIGANTI, *op. cit.*, p. 94.

²⁰ Posicionamiento sostenido en Italia por M. ALLARA, "Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1929. Cfr. E. BRIGANTI, *op. cit.*, p. 97.

²¹ F. J. INFANTE RUIZ, *op. cit.*, p. 321, y E. BRIGANTI, *op. cit.*, pp. 103-107.

demandarle por los perjuicios causados, ya que, tras una larga demora, la empresa se negó a ratificar el acuerdo alcanzado y no realizó la instalación.

1. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I-bis

17. En un conflicto internacional, precisar ante que órgano judicial se debe interponer la demanda es el primer interrogante que se suscita. La solución a esta problemática en la Unión Europea viene de la mano del Reglamento Bruselas I-bis relativo a la competencia judicial. No obstante, el encaje de este negocio jurídico en el marco de su operatividad requiere una serie de precisiones.

18. Según el tenor literal de su artículo primero, este instrumento *se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional*. A pesar de lo superfluo que pueda parecer la inclusión de la promesa en este amplio abanico, lo cierto es que tales términos no gozan de una significación exacta en dicho Reglamento. La hermenéutica del mismo exhorta a la consideración de sus objetivos y de los principios generales que se predicán de los ordenamientos nacionales. De este modo, se construye una especificación conceptual autónoma en sentido negativo, descartando todo aquello que expresamente se encuentre excluido en la norma²².

19. Por otra parte, para que sea de aplicación este instrumento normativo es preciso que se trate de un supuesto internacional. Debido a que, nuevamente, el texto ha omitido una definición, la profusa doctrina ha confeccionado multitud de teorías al respecto. Entre ellas, la que mayores apoyos ha recabado, y que ha sido seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es la tesis del elemento extranjero²³. De acuerdo con ésta, será internacional una relación jurídico-privada cuando exista un elemento extranjero en la misma.

20. Por ello, si concurre en su radio personal, temporal y territorial, la promesa de hecho ajeno definida *ut supra* estará sujeta a lo dispuesto en el *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* por encontrarse incluida en su ámbito material de aplicación.

2. Foros de la autonomía de la voluntad y foro general del domicilio del demandado

21. Una visión pragmática de la cuestión es la *summa divisio* que distingue los supuestos en los que el promitente y el promisorio establecen un pacto atributivo de competencia a unos tribunales concretos y los supuestos en los que no existe tal convenio.

22. El presente Reglamento permite que, con carácter previo, las partes pueden concertar libremente el órgano jurisdiccional que deba conocer de un eventual conflicto entre aquellas. Una designación que entra en juego con independencia de su domicilio, de suerte que podrá ser accionado, incluso, cuando no se encuentre en un Estado Miembro. Así, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se podrá materializar de forma expresa (art. 25), introduciendo una cláusula de sumisión, o bien por acuerdo tácito-

²² Son múltiples los pronunciamientos de la jurisprudencia europea al respecto. Sin ánimo de ser exhaustivo vid. STJCE 14 octubre 1976, as. 29/76, *L.T.U. vs. Eurocontrol*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:1976:137; STJCE 22 febrero 1979, as. 133/78, *Gourdain vs. Nadler*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:1979:49; STJCE 27 marzo 1979, as. 143/78, *Cavel vs. Cavel [I]*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:1979:83; STJCE 16 diciembre 1980, as. 814/79, *Niederlande vs. Reinhold Rüffer*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:1980:291 (Todas las referencias a la jurisprudencia de este trabajo han sido extraídas de la recopilación electrónica del TJUE <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es#>).

²³ Un posicionamiento que puede advertirse en resoluciones como la STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2005:120; STJUE 14 noviembre 2013, as. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, 2013, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2013:735. Vid. también A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, 2018, pp. 23-31.

to de las partes (art. 26). En todo caso, se deberán respetar determinadas condiciones de fondo y forma para su validez²⁴.

23. En defecto de dicho acuerdo, la norma establece un foro general donde el promisorio puede interponer la demanda: el lugar del domicilio del demandado. En su virtud, serán competentes los tribunales donde se encuentre el domicilio del promitente, independientemente de su nacionalidad. Ahora bien, será preciso distinguir si éste es una persona física o jurídica, pues, en función de esta circunstancia variarán las normas para su determinación²⁵.

24. Nótese, con todo, la necesidad de prestar atención al entorno donde se emita este tipo de promesa. Se ha evidenciado que dicha estipulación puede gestarse en múltiples ámbitos; por ello, el escenario de los foros descrito se alterará si se considera al beneficiario como parte débil de un contrato desarrollado en una relación laboral²⁶ o de consumo²⁷.

3. Particularidad del foro especial en materia contractual

25. Con carácter alternativo al foro del domicilio del demandado, y en ausencia de convenio atributivo de competencia, se encuentra el foro especial *ratione materiae* del artículo 7.1 del Reglamento²⁸. Un foro claramente eficaz que resulta operativo cuando el litigio verse sobre materia contractual²⁹.

²⁴ En ambos preceptos se establecen los requisitos de una manera omnicompreensiva. En relación con la sumisión expresa, el art. 25 precisa la existencia efectiva de un acuerdo atribuyendo la competencia a los tribunales de un Estado Miembro y referido a la concreta relación jurídica internacional. Este, además, deberá constar por escrito o verbalmente con confirmación escrita, de modo que se ajuste a los hábitos de las partes o de acuerdo a los usos que, en el comercio internacional, las partes conozcan o deban conocer. El art. 26, por su parte, menciona los supuestos en los que exista parte débil en la relación contractual, pues, en tal caso el tribunal deberá asegurarse de que el demandado conoce su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y las consecuencias de comparecer o no.

²⁵ En el primer supuesto, tal concreción se regirá por el derecho interno del tribunal donde se interponga la demanda (art. 62). En caso de ser una persona jurídica, se entenderá que su domicilio coincide con el lugar donde tenga su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal (art. 63). De esta manera, si se constata por parte de ese tribunal que no se haya domiciliado en un Estado Miembro, la competencia se determinará, no conforme al reglamento, sino a sus normas de producción interna (art. 6).

²⁶ Por su parte, la promesa de hecho ajeno puede introducirse en un contrato internacional de trabajo. Por ejemplo: *Antonio trabajador de la empresa Hnos. S.A.* –con sede en Lisboa– desempeña sus funciones en varios Estados de la Unión. Tras unos años, la empresa decide modificar su contrato, estipulando a favor del trabajador que el grupo empresarial del que forma parte creará un puesto acorde a su categoría profesional, y en el plazo de 6 meses el grupo le realizará una oferta. En la hipótesis de que no se produzca la oferta, transcurrido ese tiempo, el empresario-promitente podrá ser demandado por el trabajador, a elección de este, *ante los tribunales del Estado miembro en el que estén domiciliado*, o en otro Estado Miembro, *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 que lo haya desempeñado*. Si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, *ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador* (art. 21). Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, 2018, pp. 1269-1278; M. CHECA MARTINEZ, “El foro del lugar de cumplimiento de la obligación contractual en el Convenio de Bruselas: avances en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-86, Tomo 2, pp. 4-6; 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 Ryanair Designated Activity Company)”, *Ley Unión Europea*, núm. 54, 2017, (recurso electrónico disponible en laleydigital.laley.es).

²⁷ Si se reúnen las condiciones del Reglamento para ser considerado un contrato celebrado con consumidores, las normas de competencia judicial que han de guiar al promisorio en la interposición de la demanda serán las establecidas en la Sección cuarta del mismo. De acuerdo con ello, este podrá demandar en los tribunales del lugar del domicilio del promitente. Pero, también, podrá ejercitar la acción “*ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor*” (art. 18). Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 1223-1241; D. CARRIZO AGUADO, “La relación de causalidad como indicio justificativo de la «actividad dirigida» en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 301-307; S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 86-87.

²⁸ A. FONT I SEGURA, “La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales”, *Revista jurídica de Catalunya*, 2006, pp. 79-112.

²⁹ La existencia y aplicabilidad de un foro en materia contractual es más que beneficiosa. Por un lado, es un foro garantista

26. Este precepto dispone de un dinamismo lógico en torno a tres ejes que se corresponden con sus tres apartados. Por consiguiente, se debe dar respuesta a cuestiones que ineludiblemente se formulan alrededor de la promesa de hecho ajeno. Una de ellas, si la relación jurídica derivada de esa estipulación se encuentra dentro de este concepto material. Otra, si se puede subsumir en una de las categorías contractuales específicamente señaladas en caso de que la respuesta anterior sea afirmativa.

27. En primer término, es necesario realizar una aproximación para delimitar aquello por lo que la norma entiende “materia contractual”. Se trata de una noción propia de dicho instrumento y desarrollada por la prolífica jurisprudencia del TJUE, ello implica que no responde a la concepción interna de los Estados sino que posee una significación característica³⁰. Una amplitud terminológica que se inclina por considerar como tal a las obligaciones jurídicas que nacen de la voluntad libremente configurada de un individuo frente a otro, incluyéndose las promesas unilaterales³¹. Según este esquema, la estipulación del hecho de un tercero se encontraría cubierto por este concepto.

28. Una vez determinada su inclusión, el apartado *b)* del citado artículo abre dos posibilidades para calificar dicha figura según la perspectiva europea del reglamento, a saber, como contrato de compraventa de mercaderías o como contrato de prestación de servicios. La apuesta por uno u otro es crucial, pues la determinación del tribunal competente diferirá en atención a la naturaleza de aquellos.

29. Para esa calificación es imprescindible utilizar un método de exégesis adecuado que atienda a la realidad concreta de este negocio jurídico y a los fines propios de la norma internacional, sin embargo, este ejercicio no está de exento de dificultades³². El peculiar polimorfismo de esta promesa se conjuga con la ausencia de unanimidad acerca de la función que desempeña³³. Por este motivo, en aras de facilitar la tarea y abstraer el conflicto dogmático, se observarán las notas definitorias de los supuestos nominados para determinar con cuál de ellos muestra mayor familiaridad desde la óptica de la finalidad económica.

30. De esta circunstancia se deriva, *prima facie*, que la promesa del hecho ajeno no coincide con la fisonomía característica de la compraventa de mercaderías. Si este último abarca, a grandes rasgos, aquellos que buscan transmitir la propiedad de un bien a cambio de dinero³⁴, en la promesa no se deven-ga tal intención. Aunque el hecho del tercero si pudiera ser calificado como tal, el promitente asume una obligación diferente e independiente a la de aquel.

que permite materializar aquellos principios rectores del proceso internacional (como la “buena administración de Justicia” o la “reducción de costes en la litigación internacional”); por otro, es eminentemente útil, pues amplía las posibilidades de estrategia procesal de una forma objetiva y, a su vez, equitativa. Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ “La fundamentación económica del foro especial en materia contractual contenido en el Artículo 7.1 B) Guión Primero del Reglamento Bruselas I bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, núm. 2, 2016, pp. 278-291; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 907.

³⁰ En igual sentido, STJUE 4 octubre 2018, as. C-337/17, *Feniks sp. z o.o. vs. Azteca Products & Services S.L.*, *Rec. electrónica*, ECLI:EU:C:2018:805; STJUE 7 de marzo de 2018, as. 274/16, *Flightright GmbH, Mohamed Barkan, Souad Asbai e hijos vs. Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A., Roland Becker y Hainan Airlines Co. Ltd.*, *Rec. electrónica*, ECLI:EU:C:2018:160; STJUE 15 junio 2017, as. 249/2016, *Saale Kareda vs. Stefan Benkö*, *Rec. electrónica*, ECLI:EU:C:2017:472; STJUE, 21 abril 2016, as. 572/14, *Austro-Mechana*, *Rec. electrónica*, ECLI:EU:C:2016:286.

³¹ Vid. P. MANKOWSKI, “Art. 7.1”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels Ibis Regulation –Commentary, European Commentaries on Private International Law*, Vol. I, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2016, pp. 161-171.

³² Vid. 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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 125-138; M. P. CANEDO ARRILLAGA, “Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 febrero 2010 (Car Trim: asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 263-269.

³³ Aunque como indica A. GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 11-12, la doctrina dominante coincide en señalar que la promesa de hecho ajeno desempeña una función de garantía.

³⁴ E. CASTELLANOS RUIZ, “Compraventa internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 147-235.

31. A diferencia del supuesto anterior, los componentes esenciales de la estipulación si parecen guardar semejanza con los del contrato de prestación de servicio. Este último goza de una amplitud teórica capaz de albergar tanto obligaciones de medios y de resultados, como obligaciones de dar, hacer o no hacer. Consiguientemente, será una prestación de servicios cuando se desarrolle alguna de esas actividades a cambio de una remuneración³⁵.

32. Según las referencias extraídas, la actuación que realiza el promitente se puede acomodar a esta categoría contractual. Ahora bien, faltaría salvar ese postrero inciso de la remuneración. La respuesta a este interrogante se hallará en lugares diferentes, atendiendo al modo en que se manifieste; ora, en las relaciones entre los intervinientes y sus eventuales contraprestaciones, ora, en el ámbito de reglamentación de sus intereses en donde se geste la estipulación³⁶.

33. Como consecuencia de todo lo anterior, sobre la base de este precepto, se presentan dos hipótesis para determinar el lugar donde el promisorio puede interponer la demanda: considerar esta estipulación como un contrato de prestación de servicios o entender que tal relación jurídica no reúne los requisitos de aquel. La solución para cada caso será radicalmente distinta.

34. En relación con el planteamiento primero, si resulta aplicable el art. 7.1.b), el beneficiario podrá interponer la demanda ante los tribunales donde, *según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios*. Ese lugar será el de la ejecución de la obligación característica del contrato³⁷. Conforme a las coordenadas marcadas por el TJUE, éste no debe ser considerado desde un prisma jurídico, sino que debe entenderse como elemento fáctico de la relación. De este modo, se fija directamente la competencia judicial internacional contemplando la economía interna del contrato y el acuerdo de las partes, pues estos son, en definitiva, la *ratio assendi* del foro³⁸.

35. La cuestión se complica cuando esta solución carece de virtualidad por existir un “pacto en contrario” entre las partes o porque la promesa de hecho ajeno no sea susceptible de categorización alguna según el Reglamento. En estos casos, son competentes los tribunales del lugar *en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda*. Se trata de un método resolutorio conflictual, de forma que habrá que acudir a la norma aplicable para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa³⁹. Esta técnica de concreción resulta crítica respecto de la obligación del promitente. La antedicha discordia en torno a su naturaleza abandona la determinación de la competencia judicial internacional a merced de un criterio interpretativo *ad hoc* de la ley aplicable.

36. De todo ello se deriva que, si se pretende accionar este foro, los intervinientes se encontrarán en una posición de máxima inseguridad jurídica. La potencial solución conflictual posibilita respuestas diferentes o, incluso, contradictoras según la forma en que se entienda configurada la obligación asumida por el emisor de la promesa.

³⁵ P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *Journal du Droit International (Clunet)*, núm. 3, 2008, pp. 675-717; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 915-916. Por su parte, entre los pronunciamientos europeos más destacados al respecto se encuentra la STJUE 14 de julio 2016, as. C-196/15, *Granarolo SpA vs. Ambrosi Emmi France SA*, *Rec. electrónica*, ECLI:EU:C:2016:559; STJUE 19 de diciembre de 2013, as C-9/12, *Corman-Collins SA vs. La Maison du Whisky SA*, *Rec. electrónica*, ECLI:EU:C:2013:860.

³⁶ E. BRIGANTI, *op. cit.*, pp. 310-319, y F. J. INFANTE RUIZ, *op. cit.*, pp. 323-324.

³⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, “El valor de los incoterms para precisar el juez del lugar de entrega”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, núm. 2, pp. 93-122; referenciando a H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 2002, parágrafo 198; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestein, 2004, parágrafo 339.

³⁸ P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 198 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 914-919.

³⁹ F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7392, Sección Doctrina, 2010, (recurso electrónico disponible en laleydigital.laley.es).

IV. Conclusiones

37. Queda patente que la promesa de hecho ajeno, como modalidad contractual, únicamente vincula a los intervinientes en la misma (promitente y promisario). En virtud del principio de la relatividad de los contratos, el tercero se mantendrá ajeno a dicha relación.

38. En el ámbito de la Unión Europea, para determinar que órganos jurisdiccionales deben conocer los litigios que se deriven de esta estipulación, resulta de aplicación el Reglamento Bruselas I-bis. Por ello, atendiendo a sus normas de competencia, y cuando no se trate de un contrato con parte débil, el beneficiario de la promesa podrá demandar al promitente en el lugar donde lo hayan pactado, expresa o tácitamente, o ante los tribunales del domicilio del promitente.

39. En relación con el foro especial en materia contractual emerge una serie incierta de probabilidades. Dadas las características propias de esta figura, la aplicación del mismo es indiscutible, sin embargo, su utilidad en estos casos puede quedar en entredicho. La eficiencia de éste resulta clara si se considera a la promesa como contrato de prestación de servicio, es decir, si resulta operativo el artículo 7.1.b). La dinámica del foro facilita esa labor, pues permite determinar directamente el tribunal en base al contrato.

40. La gran problemática se plantea si ese apartado resulta inaplicable. La apuesta por una solución conflictual para esta modalidad de contrato puede producir una quiebra de los principios y objetivos del Reglamento, dejando a las partes en una situación de absoluta inseguridad jurídica. Este método corre el riesgo de abandonar al arbitrio de los tribunales internos, no solo la determinación del *locus executionis*, sino también la propia naturaleza de la *obligatio*; ya que las corrientes doctrinales y jurisprudenciales son divergentes respecto de la obligación asumida por el promitente.

41. Si no es plausible una solución directa, el escenario descrito conlleva a que la competencia judicial internacional se mantenga indeterminada a la espera de un juicio hermenéutico particular de la norma que discipline la relación jurídica.

EXIGENCIAS FORMALES PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONFORME AL CONVENIO RELATIVO A LA ASISTENCIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL FIRMADO ENTRE ARGELIA Y ESPAÑA: NOTAS AL AUTO DE LA AP DE VALENCIA, DE 23 DE ABRIL DE 2018

FORMAL REQUIREMENTS FOR THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN ACCORDANCE WITH THE CONVENTION ON JUDICIAL ASSISTANCE IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS SIGNED BETWEEN ALGERIA AND SPAIN: NOTES TO THE JUDICIAL DECREE OF THE PROVINCIAL COURT OF VALENCIA, OF 23 OF APRIL OF 2018

ANTONIO MERCHÁN MURILLO

*Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide*

Recibido: 17.12.2018 / Aceptado: 15.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4659>

Resumen: En el presente estudio se pone de manifiesto las necesidades formales para el reconocimiento y ejecución de sentencia dictada por un Tribunal argelino. No obstante, desde la perspectiva de la cosa juzgada, debe ponerse de manifiesto en este asunto la incidencia de la decisión previa de divorcio.

Palabras clave: auto, recurso de apelación, procedimiento de exequátur, Audiencia Provincial.

Abstract: The present study shows the formal needs for the recognition and execution of a judgment issued by an Algerian court. However, from the perspective of the *res judicata*, the incidence of the previous divorce decision must be shown in this matter.

Keywords: judicial decree, appeal, exequatur procedure, Provincial Court.

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones generales previas. III. Política convencional de España. IV. Análisis de la denegación. V. Cosa juzgada y tutela judicial efectiva: cuestiones a tener en cuenta. VI. Conclusión.

I. Introducción

1. El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de abril de 2018, confirma el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Torrent, de 5 de octubre de 2017, por el que desestima la petición de reconocimiento en España de la resolución judicial dictada por el Tribunal de Blida (Argelia), Juzgado de Boufgarik, con fecha de 1 de febrero de 2017.

2. Contextualizando el objeto del recurso de apelación, debe resaltarse la intención de la parte actora de que se reconociese en España la resolución judicial del Juzgado de Boufarik, de 1 de febrero de 2017, que acordó el divorcio del actor y de la demandada y estableció medidas en relación con los hijos, la vivienda y el pago de pensiones de alimentos.

3. Estas circunstancias fácticas nos lleva a observar los motivos de denegación de la resolución extranjera en relación a las circunstancias existentes.

II. Cuestiones generales previas

5. Uno de los problemas clásico en el Derecho internacional privado, una vez que un proceso, que contiene un elemento extranjero, concluye mediante una resolución judicial, es la eficacia extraterritorial de ésta en otro Estado, en virtud de la exclusividad de la soberanía estatal¹, ya que, como es sabido, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan” (Artículo 117,3 CE).

6. Con objeto de garantizar la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales extranjeras surgen, esencialmente, dos instrumentos: el reconocimiento y el exequátur, cuyo uso va a depender del efecto jurídico que se pretende desplegar y del tipo de decisión extranjera.

7. En cualquier caso, debe tenerse claro que ambas figuras son distintas. Operan en función del tipo de decisión que se trate y de las necesidades del litigante. El reconocimiento debe entenderse como la homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar todos los efectos que le sean propios, salvo el ejecutivo: por eso, cuando se dice que una sentencia extranjera ha sido reconocida, hay que entender que puede desplegar su eficacia declarativa, constitutiva o de cosa juzgada, si es que la tiene, pero no la ejecutiva. Por otro lado, debe hablarse de exequátur en relación a la homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar su eficacia ejecutiva, es decir, a la declaración de que tiene fuerza ejecutiva. Habitualmente, la concesión del exequátur lleva aparejada también el reconocimiento. La diferencia entre ambas figuras será, pues, que cuando hablamos de reconocimiento nos referimos a dar el efecto de cosa juzgada².

8. Las normas españolas en materia de reconocimiento y exequátur son normas de origen internacional, es decir, normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte, ya que en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, da prioridad a la aplicación en esta materia de las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte, o de origen interno, que podrán ser las normas especiales del Derecho interno o Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), a la que sólo podrá acudir en defecto de norma internacional.

9. Resultado de lo anterior, deberá observarse si existe Convenio internacional sobre la materia en cuestión, para decidir sobre los efectos de la resolución judicial debatida; pues, dicho instrumento fijará el régimen jurídico de los efectos que surten en España las sentencias dictadas en procedimientos contenciosos, ya que, en virtud del principio de jerarquía normativa, sólo podrá acudirse a las normas internas en defecto de las internacionales³.

¹ A. RODRÍGUEZ BENOT; B. CAMPUZANO DÍAZ; M. ^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ; A. YBARRA BORES: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed. Tecnos, 2018, p. 105.

² 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, Nº 2, pp. 158-187.

³ A. RODRÍGUEZ BENOT; B. CAMPUZANO DÍAZ; M. ^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ; A. YBARRA BORES: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed. Tecnos, 2018, p. 108.

10. En este sentido, debe tenerse en cuenta que España carece de competencia legislativa para firmar con terceros Estados convenios multilaterales que contengan normas de competencia judicial internacional directa con foros distintos del demandado o que contengan normas sobre litispendencia internacional, ya que la competencia legislativa pertenece a la UE⁴. Todo ello con objeto de garantizar la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias y el buen funcionamiento del sistema que establecen para preservar la plena eficacia del Derecho comunitario⁵.

11. No obstante, en relación con los convenios internacionales bilaterales que contengan, de manera exclusiva, normas de validez extraterritorial España continúa teniendo plena competencia para firmar nuevos convenios internacionales. Un ejemplo, lo observamos en el presente caso, pues existe un Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Madrid el 24 de febrero de 2005⁶.

III. Política convencional de España

12. En el plano bilateral España tiene suscritos distintos Convenios en materia de reconocimiento y exequátur de decisiones judiciales extranjeras. Todos, salvo los firmados con Rumanía y El Salvador, son Convenios simples, es decir, sólo regulan el reconocimiento y exequátur, dejando el tema de la competencia judicial internacional en manos de la legislación de cada Estado.

13. Es difícil establecer características comunes a ellos ya que nos muchos y heterogéneos tanto en la materia que regula como en el procedimiento de reconocimiento establecido, ya que, como se ha manifestado por la doctrina, España carece de política convencional en la materia; pues, muchos han sido firmados sin atender a las verdaderas necesidades que plantea el tráfico jurídico externo.

IV. Análisis de la denegación

14. Como hemos dicho anteriormente, para decidir acerca de la cuestión controvertida debe aplicarse el convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República de Argelia y el Reino de España, de 24 de febrero de 2005, con preferencia sobre la LCJIMC, a tenor de su artículo 2, a).

15. Toda vez que el citado instrumento no exime de la necesidad de obtener el exequátur, será necesario acudir al citado proceso para validar en España. El procedimiento se rige por la Ley del Estado requerido, que para este caso en cuestión se aplicarán los Artículos 54 y 55 LCJIMC, relativos al proceso y a los recursos⁷, respectivamente.

16. En relación con el citado Convenio, debe acudirse al Título III, donde se recoge el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales. En relación con el Convenio debe observarse que el Artículo 16 establece los condicionantes de carácter material que debe reunir la decisión judicial dictada, así como las posibles exclusiones.

17. Los citados condicionantes son de carácter competencial, procesal y formal. Respecto a los primeros se determina que la decisión, como es normal, debe proceder de una autoridad competente, de

⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 402-403.

⁵ Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 7 de febrero de 2006.

⁶ Publicado en: «BOE» núm. 103, de 1 de mayo de 2006, páginas 16888 a 16890 (3 págs.)

⁷ En relación al desarrollo del proceso y recursos contra el auto que decide sobre el exequátur de la resolución en España véase A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 459-465.

acuerdo con el artículo 17 del Convenio: a) Si el domicilio del demandado o su lugar de residencia se encuentra, en el momento de la presentación de la demanda, en el territorio de dicha Parte; b) Si, en el momento de la presentación de la demanda, el demandado se encuentra ejerciendo una actividad mercantil en el territorio de esta Parte, y la demanda interpuesta contra él concierne a dicha actividad; c) Si el demandado acepta expresamente someterse a la competencia de la jurisdicción de dicha Parte, siempre que la ley de la Parte que solicita el reconocimiento no se oponga a ello; d) Si el demandado, para su defensa, aborda el fondo del asunto sin haber planteado previamente la excepción de competencia de jurisdicción; e) Si, en materia contractual, la obligación objeto del litigio ha sido o debe ser ejecutada en el territorio de la Parte cuya autoridad judicial ha dictado la resolución; f) Si, en materia de responsabilidad extracontractual, el hecho causante del daño se ha producido en el territorio de dicha Parte; g) Si, en materia de obligaciones alimenticias, el domicilio o la residencia del acreedor se encuentra, en el momento de la presentación de la demanda, en el territorio de dicha Parte; h) Si, en materia de sucesiones, el causante era, en el momento de su defunción, natural de la Parte cuya autoridad judicial ha dictado la resolución o tenía su último domicilio en dicha Parte; i) Si el litigio tiene por objeto un derecho real sobre los bienes que se encuentran en el territorio de la Parte cuya autoridad judicial haya dictado la resolución.

18. Respecto a los condicionantes de carácter procesal: a) Que las Partes hayan sido legalmente citadas, representadas o declaradas en rebeldía, según la ley del Estado en el que la resolución haya sido dictada. c) Que la resolución posea fuerza de cosa juzgada, según la ley del Estado donde ha sido pronunciada. d) Que la resolución no sea contraria a una resolución judicial dictada por el Estado donde aquélla deba ser ejecutada. e) Que no se haya presentado ninguna demanda ante la jurisdicción del Estado requerido entre las mismas Partes y sobre el mismo objeto, con anterioridad a la introducción de la solicitud ante la jurisdicción que haya dictado la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se solicita. f) Que la resolución no sea contraria al orden público del Estado donde haya sido invocada. g) En materia de estado y capacidad de las personas, podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de la resolución por el hecho de que la jurisdicción de origen haya aplicado una ley distinta a la que hubiera resultado aplicable conforme a las normas de Derecho Internacional Privado del Estado requerido, salvo que se hubiera llegado a un resultado equivalente mediante la aplicación de dichas normas.

19. Respecto a los condicionantes de carácter formal, se encuentran recogidos en el artículo 18, donde se determina que La Parte que solicita el reconocimiento o ejecución de la resolución deberá presentar: a) Copia oficial de la resolución, que reúna las condiciones necesarias para acreditar su autenticidad; b) Certificado del Secretario Judicial competente, en el que conste que la decisión es definitiva; c) El original de la cédula de notificación de la resolución, o cualquier otro documento que equivalga a la notificación; d) Copia auténtica de la citación a la Parte que no compareció en el procedimiento, en caso de juicio en rebeldía, si en la resolución no consta que fue notificada en forma.

20. Respecto a los anteriores, la denegación deviene de la falta de presentación de la documentación requerida; pues, sólo se presentó “una fotocopia de la traducción española de la sentencia argelina”, por lo que se consideró, acertadamente, infringido el precepto transcrito, en sus tres primeros apartados, en relación con su artículo 4 que dice: “1. Los documentos transmitidos de conformidad con el presente Convenio estarán exentos de cualquier forma de legalización. 2. No obstante, estos documentos deberán llevar la firma y el sello oficial de la autoridad competente para extenderlos. 3. La autoridad judicial competente de una de las Partes podrá, en caso de duda, solicitar que la autoridad judicial competente de la otra Parte verifique la autenticidad del documento”.

21. De esta forma, puede observarse, en el presente procedimiento, como la parte solicitante del exequátur no aporta debidamente legalizada o apostillada la resolución cuyo reconocimiento pretendía, ni tampoco se observa que acompañe documento alguno acreditativo de la irrecurribilidad de la misma. Por otro lado, tampoco, se aprecia alegato ni prueba causa alguna que le hubiera impedido la obtención de la documentación precisa para la acreditación de tales presupuestos necesarios para la homologación pretendida⁸.

⁸ Auto de Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 28 de Septiembre de 2004 (JUR 2004\276434).

22. Así las cosas, e incumbiendo la prueba de la autenticidad de la ejecutoria extranjera a quien pretende el reconocimiento, así como la de su firmeza, procede denegar el exequátur interesado al no haber dado aquélla cumplimiento los requisitos impuestos, por el Convenio, que si se observa bien resultan idénticos a los establecidos en la vigente LCJIMC y los derogados artículo 951 y 954, 4de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁹, que operaban como presupuestos del reconocimiento y de la declaración de ejecutoriedad de la resolución extranjera, aunque no rijan para este asunto en concreto¹⁰.

V. Cosa juzgada y tutela judicial efectiva: cuestiones a tener en cuenta

23. El Auto desestima la petición de reconocimiento de divorcio del actor y de la demandada, y estableció medidas en relación con los hijos, la vivienda y el pago de pensiones de alimentos. En este sentido, nos preguntamos si el procedimiento extranjero, instado por las mismas partes, sobre divorcio, al haberse dictado ya una sentencia, ha quedado disuelto entre las partes.

24. Este hecho debe ser tenido en cuenta. Ambas partes solicitan el reconocimiento de la resolución extranjera; es decir, el proceso de divorcio es promovido en España por los dos ex cónyuges, por lo que debe plantearse la cuestión de cosa juzgada. Asimismo, huelga cualquier indagación de los derechos de defensa de éste en el proceso seguido en el extranjero¹¹.

25. Dicho de otro modo, al haber quedado disuelto el matrimonio de los interesados mediante sentencia firme de divorcio, la decisión sobre esta nueva petición de divorcio planteada por los ex cónyuges ante los Tribunales Españoles no debe enjuiciarse en el ámbito de un procedimiento de exequátur, sino en términos de confrontación, con lo ya resuelto válidamente por el Tribunal argelino, a tenor de lo establecido por el artículo 222.1 de la LEC, excluyendo lógicamente un ulterior proceso de divorcio sustanciado entre las mismas partes con idéntico objeto¹², ya que de lo contrario nos encontraríamos ante dos sentencias de divorcio sobre las mismas partes, cuya ejecución devendría absurda ante la posibilidad de hacerlas valer, con diferente alcance y contenido, en Argelia y España.

26. En todo caso, el enfoque prioritario desde la perspectiva de la cosa juzgada, debe tomar como premisa fundamental la proscripción de toda indefensión en el proceso civil, conforme al artículo 24 de la Constitución, de manera que, si la decisión extranjera no puede integrar una efectiva tutela judicial no puede suponer una reproducción, en sede de cosa juzgada, de la exigencia de respeto a los derechos de defensa que dimana de las normas procesales relativas al reconocimiento/ejecución de decisiones extranjeras¹³.

27. Esta doctrina, es coherente con las pautas fundamentales que deben presidir la resolución de los problemas relativos a la existencia de decisiones contradictorias con la que se pretende obtener ante los tribunales españoles, que están ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva y al comportamiento ético de las partes en el proceso y en el tráfico externo¹⁴.

⁹ M. VIRGÓS SORIANO; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed. Civitas, 2007, p. 565.

¹⁰ F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ; G. PALAO MORENO (DIRS.): *Comentarios a la ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 501-502.

¹¹ Doctrina jurisprudencial contenida en los Autos del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 y 19 de febrero de 1991, conforme a la que el requisito del art. 954.2 de la LEC de 1981, que entendemos aplicable a la LCJIMC (Véase al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 24 febrero de 2010 (JUR 2010\145443).

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª), de 11 marzo de 2010 (JUR 2010\391090).

¹³ Véanse, al respecto, Autos de la Audiencias Provinciales de Asturias (Sección 7ª) 30 marzo 2010 (JUR 2010\254483), Valencia (Sección 10ª) 24 marzo 2011 (JUR 2011\189498) y Madrid (**Sección 24ª**) 6 abril 2011 (JUR 2011\227453).

¹⁴ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA: "La cuestión previa de la "existencia de matrimonio" en el proceso de divorcio con elemento extranjero", *CDT*, (octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 140-208.

28. Algunos tribunales, con criterio erróneo¹⁵, como puede ser el que se ha adoptado en el presente caso, han entendido que, aunque es cierto que sin reconocimiento de la resolución extranjera no concurre “cosa juzgada” en España. En consecuencia, en tanto no se resuelva por los tribunales españoles el reconocimiento, no procede tramitar un nuevo juicio entre los litigantes¹⁶.

VI. Conclusión

29. Con Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de abril de 2018, confirma el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Torrent, se pone de manifiesto la necesidad de aportar determinados documentos, de conformidad con el artículo 18, para conseguir el reconocimiento en España de la resolución judicial dictada por un Tribunal argelino.

30. La necesidad de esta documentación resulta esencial para conseguir el efecto probatorio deseado y evitar que se produzca la ejecutabilidad de una resolución extranjera en España contraria de los intereses de alguna de las partes.

31. No obstante, cabría plantearse si el procedimiento extranjero, instado por las mismas partes, sobre divorcio, al haberse dictado ya una sentencia, ha quedado disuelto entre las partes. Planteándose así la cuestión de cosa juzgada.

¹⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2015, (5153/2015). Vinculación de los tribunales civiles a las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Cosa juzgada internacional. Repetición del pleito terminado en el extranjero. Rebeldía a la fuerza del demandado en el proceso extranjero* https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-23 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Vinculaci%F3n de los tribunales civiles a las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Cosa juzgada internacional. Repetici%F3n del pleito terminado en el extranjero. Rebeld%EDA a la fuerza del demandado en el proceso extranjero.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), de 10 septiembre de 2010 (JUR 2010\375792) y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), de 4 noviembre de 2009 (JUR 2010\38380).

LA IRRECURREBILIDAD DE AUTOS DICTADOS POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL: COMENTARIO AL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE FECHA 30 DE MAYO DE 2018

THE NON-APPEAL OF A JUDICIAL DECREE DICTATED BY THE PROVINCIAL HEARING: COMMENT TO THE JUDICIAL DECREE OF THE SUPREME COURT, DATED MAY 30, 2018

ANTONIO MERCHÁN MURILLO

*Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide*

Recibido: 17.12.2018 / Aceptado: 15.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4660>

Resumen: En el presente estudio se pone de manifiesto la irrecurrebilitad de un Auto recaído en un procedimiento sobre reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera, tal y como se venía propugnando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta cuestión se viene a solventar con la LCJIMC.

Palabras clave: autorecurso de casación, procedimiento de exequátur, Tribunal Supremo.

Abstract: The present study highlights the non-appeal of a judicial decree in a procedure for the recognition and enforcement of foreign judgments, as defended by the Supreme Court's case law. This question comes to be resolved with the LCJIMC.

Keywords: judicial decree, cassation appeal, exequatur procedure, High Court.

Sumario: I. Introducción. II. Cuestiones generales previas. III. La posición argumental en el recurso. IV. La inadmisión del recurso: la falta de recurriribilidad de un Auto. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El Auto del Tribunal Supremo, de fecha 30 de mayo de 2018, viene a inadmitir recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Bomanite Group, INC y Bomanite Internacional LTD contra el Auto de fecha 28 de octubre de 2015 dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Octava, en el rollo de apelación nº 5556/2015, dimanante de los autos de juicio de exequátur nº 1249/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Sevilla.

2. Mediante diligencia de ordenación, de fecha 21 de enero de 2016, se tuvieron por interpuestos los recursos, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

3. Mediante providencia, de fecha 11 de abril de 2018, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos, a las partes personadas. La parte recurrente se opuso mediante escrito, de fecha 25 de abril de 2018, entendiéndose que los recursos cumplen todos los requisitos exigidos

en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); mientras que la parte recurrida mediante escrito, de fecha 26 de abril de 2018, se manifestó conforme con las posibles causas de inadmisión.

4. Contextualizando el objeto del estudio, debe observarse que se tratan de recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que se interponen contra un Auto recaído en un procedimiento sobre reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera dictada por el Tribunal Superior del Estado de California (Estados Unidos de América), Condado de Madera. Tanto en primera instancia como en apelación, se aplicó el régimen establecido en los artículos 951 y siguientes de la LEC de 1881.

II. Cuestiones generales previas

5. Uno de los problemas clásico en el Derecho internacional privado, una vez que un proceso, que contiene un elemento extranjero, concluye mediante una resolución judicial, es la eficacia extraterritorial de ésta en otro Estado, en virtud de la exclusividad de la soberanía estatal¹, ya que como es sabido “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan” (Artículo 117,3 CE).

6. Con objeto de garantizar la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales extranjeras surgen, esencialmente, dos instrumentos: el reconocimiento y el exequátur, cuyo uso va a depender del efecto jurídico que se pretende desplegar y del tipo de decisión extranjera.

7. En cualquier caso, debe tenerse claro que ambas figuras son distintas, que operan en función del tipo de decisión de que se trate y de las necesidades del litigante. El reconocimiento debe entenderse como homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar todos los efectos que le son propios, salvo el ejecutivo. Por eso, cuando se dice que una sentencia extranjera ha sido reconocida, hay que entender que puede desplegar su eficacia declarativa, constitutiva o de cosa juzgada, si es que la tiene, pero no la ejecutiva. Por otro lado, hablaremos de exequátur en relación con la homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar su eficacia ejecutiva, es decir, a la declaración de que tiene fuerza ejecutiva. Habitualmente la concesión del exequátur lleva aparejado también el reconocimiento. La diferencia entre ambas figuras será, pues, que cuando hablamos de reconocimiento nos referimos a dar el efecto de cosa juzgada².

8. Las normas españolas en materia de reconocimiento y exequátur son normas de origen internacional o de origen interno. Al referirnos al origen internacional nos referimos a las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España es parte, ya que en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, se da prioridad a la aplicación en esta materia de las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte. Asimismo, en la consideración de las normas de origen interno, habrá que observar bien las de carácter especial del Derecho interno o la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), a las que sólo podrá acudir en defecto de norma internacional.

9. En el presente caso, al tratarse de un asunto iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LCJIMC se han aplicado los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya que no existe Convenio internacional sobre la materia en cuestión aplicable al caso. Para dar mayor claridad a este punto puede observarse la Disposición transitoria única, relativa al Régimen

¹ A. RODRÍGUEZ BENOT; B. CAMPUZANO DÍAZ; M. ^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ; A. YBARRA BORES: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed. Tecnos, 2018, p. 105.

² 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, Nº 2, pp. 158-187; y A. DE LA OLIVA SANTOS: *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2005, p. 186.

aplicable a los procesos en tramitación de la LCJIMC, que determina en su punto tercero que “el título V se aplicará a las demandas de exequátur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera”³.

10. A este respecto, conviene indicar que el Tribunal Supremo, jurisprudencialmente, adaptó el citado marco legal, actualmente derogado, a las necesidades y parámetros constitucionales.

11. Hay que tener en cuenta que la legislación derogada, pero aplicable en este caso, recogía un único procedimiento a través del cual se podía obtener tanto el reconocimiento como el exequatur de la resolución extranjera. Ahora bien, tal y como se ha manifestado la doctrina⁴, este enfoque era incorrecto; pues, ambas figuras tienen una finalidad distinta, como hemos manifestado más arriba.

III. La posición argumental en el recurso

12. Tal y como se observa, la parte recurrente se opone a la inadmisión manifestando que se cumplen todos los requisitos exigidos en LEC de 1881. En tal sentido, debe verse en primer lugar que, no habiendo tratado con los Estados Unidos de América en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias debe determinarse si es de aplicación el régimen de reciprocidad. En tal sentido, establecía el artículo 952 LEC de 1881 que “si no hubiese Tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ellas se diese a las ejecutorias dictadas en España”.

13. Dicha reciprocidad, en la práctica, ha sido ignorada por nuestra jurisprudencia⁵, que ha venido indicando que para entender que existe reciprocidad positiva es necesario que quien solicita el reconocimiento pruebe que en un caso similar ya se ha reconocido en el país de origen una sentencia equivalente dictada en España⁶.

14. Ante la imposibilidad práctica de acreditar la existencia de la reciprocidad, al resolver sobre el exequátur se afirma siempre que no está acreditada ni la reciprocidad positiva ni la negativa y, en consecuencia, se pasa a analizar directamente la concurrencia de los requisitos enumerados en el artículo 954 LEC de 1881⁷; esto es el régimen general de condiciones⁸.

³ Debe apuntarse que el Reglamento Bruselas I bis ha consagrado la supresión del exequatur como procedimiento previo de homologación, aunque mantiene el sistema de control sobre resoluciones procedentes de otros Estados miembros. Ahora bien, la LCJIMC se separa del Derecho europeo ante la necesidad de obtener exequatur como paso previo para instar la ejecución en España de una resolución extranjera. Esta opción es considerada correcta, ya que la supresión del exequatur solo es viable en un ámbito como el de la UE (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª Ed. Comares, Granada, 2018, p. 418; y 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, Nº 2, pp. 158-187)

⁴ M. VIRGÓS SORIANO; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed. Civitas, 2007, p. 564; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS; S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho Internacional Privado*, 10ª Ed. Civitas, Madrid, 2018, p. 188; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª Ed. Comares, Granada, 2018, p. 453.

⁵ Autos del TS de 7 de abril de 1998 (RJ 1998\3559) y 13 de noviembre de 2001 (JUR 2002\608).

⁶ Es decir, habría que demostrar que un tribunal estadounidense ya ha reconocido una sentencia dictada en un proceso colectivo o una transacción colectiva aprobada por un tribunal español, pero no bastaría, en cambio, con argumentar que una sentencia dictada en un proceso colectivo español sería probablemente reconocida en Estados Unidos (F. GASCÓN INCHAUSTI: “Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos”, *AFDUAM*, 16 (2012), pp. 261-290).

⁷ Autos del TS de fecha 18 de septiembre de 2001 (JUR 2001\264079) y 25 de septiembre de 2001 (JUR 2001\273034).

⁸ A este respecto debe ponerse de manifiesto el cambio de enfoque que se produce con la LCJIMC, que parte de una regla favorable a la declaración de ejecutividad, a no ser que se aprecie la concurrencia de unas series de causas de denegación reguladas en el Artículo 46.

15. La reinterpretación efectuada por la Sala Primera del Tribunal Supremo y asumida, posteriormente, por los Juzgados de Primera Instancia cambió, en gran medida, el tenor del precepto. De tal manera que, para pronunciarse sobre el exequátur en España de una resolución extranjera al amparo del régimen legal interno es necesario controlar hasta siete elementos, deducibles en mayor o menor medida del tenor literal del artículo 954⁹: 1) que la resolución sea firme; 2) que el tribunal del que procede fuera competente; 3) que la resolución se haya dictado en ejercicio de una acción personal; 4) que la resolución no se haya dictado en rebeldía (involuntaria) del demandado; 5) que la resolución no lesione el orden público español; 6) que la resolución sea auténtica; y 7) que la resolución no se oponga a otra que ya fuera eficaz en España.

16. Si se observa el control que se realiza es excesivo y somete la carga de la prueba a los interesados. Asimismo, debe observarse que el sistema es propio de la desconfianza hacia la justicia extranjera y ponía de relieve que el legislador español contemplaba estas cuestiones como un asunto de política exterior inspirado en la defensa de la soberanía nacional¹⁰.

17. En cualquier caso, es apreciable como los intereses de los particulares, dirigidos a obtener una tutela judicial efectiva se encuentran en un segundo plano. En este punto debe ponerse de manifiesto como la LCJIMC cambia de relieve por cuya virtud el centro de interés de la cooperación deja de ser el de los Estados para serlo en adelante el de los particulares. De modo explícito el apartado 3 del artículo 3 dispone que en su interpretación y aplicación se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares¹¹.

18. De esta forma, se observa como la Ley, ahora, apuesta por la confianza en la justicia extranjera, presumiendo, salvo que se de causa de denegación, que la resolución judicial es ajustada a derecho y se ha actuado de conformidad a los principios que ordenan el ordenamiento jurídico. Es labor del tribunal o de la autoridad requerida hacer lo necesario para que el litigante que solicita el exequatur obtenga la tutela que pretende.

IV. La inadmisión del recurso: la falta de recurribilidad de un Auto

19. El Auto del Tribunal Supremo pone de manifiesto que el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación no puede ser admitido al no ser la resolución recurrida recurrible en casación al no constituir sentencia de segunda instancia (artículo 483.2. 1º, inciso primero, en relación con el art. 477.2 de la LEC). En este sentido, aduce “que sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, siendo equiparables a éstas las resoluciones de recursos en materia de reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y de Lugano, de 27 de septiembre de 1968 y de 16 de septiembre de 1988, respectivamente, de los Reglamentos CE 1347/2000, de 29 de mayo de 2000 y 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, así como del Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, que deroga al Reglamento CE 1347/2000, y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento. Solo en tal escasos se produce la equiparación de los Autos dictados con las Sentencias de Segunda Instancia”.

20. De esta forma, concluye que habiéndose dictado la resolución cuyo reconocimiento se pretende por el Tribunal Superior del Estado de California (Estados Unidos de América), Condado de

⁹ JUÁREZ PÉREZ, P., *Reconocimiento de sentencias extranjeras y eclesiásticas por el régimen autónomo español*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008.

¹⁰ M.C. VAQUERO LÓPEZ: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015, pp. 197-222.

¹¹ A. RODRÍGUEZ BENOT: “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, CDT Vol. 8, No 1 (2016), pp. 234-259.

Madera, se debe tomar como punto de partida que no existe con Estados Unidos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias tratadas, acuerdos o convenios al respecto, habiéndose aplicado por las resoluciones recurridas, tanto en primera instancia como en apelación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, con la consiguiente falta de recurribilidad de la resolución recurrida.

21. Lógicamente, debe tenerse en cuenta que cuando se inició el procedimiento se hizo bajo la vigencia de los preceptos citados de la LEC de 1881, motivo por el que debe aplicarse éstos a tenor de la Disposición transitoria única de la LCJIMC que determina que en cuanto a las demandas de exequátur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera.

22. Respecto a la improcedencia del recurso de casación determina el Auto, además que se debe admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.^a, apartado 1, párrafo primero y regla 5.^a, párrafos primero y segundo, de la LEC. Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal no puede ser admitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º LEC, en relación con la mencionada disposición.

23. Observado lo anterior, en el presente supuesto se ha de concluir que, si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477.2 LEC el recurso de casación se encuentra limitado a las Sentencias dictadas en segunda instancia, se excluye siempre los Autos, por lo que en ningún caso sería susceptible de ser recurrido en vía casacional, resultando obvio que tampoco cabe el recurso extraordinario por infracción procesal, máxime si se tiene en cuenta que el apartado segundo del citado artículo declara inaplicables, entre otros, el artículo 468 LEC.

24. Con este criterio se observa que, aparte de los casos regulados por los instrumentos legales de la UE, citados por el citado Auto, el recurso de apelación contra autos dictados en primera instancia por exequátur de resoluciones extranjeras se resuelve también mediante auto, por lo que no cabe casación, ya que el tener literal de la Ley manifestaba, y manifiesta en la actualidad, que “serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales” (artículo 477, 2 LEC). A este respecto, pueden observarse, como ejemplo, Auto del Tribunal Supremo de fechas 24 de febrero de 2009¹².

25. Ahora bien, debe observarse que el procedimiento de exequátur, conforme al régimen aplicable, se articula en dos fases bien diferenciadas. La primera se desarrolla ante el Juez de Primera Instancia, que examina la solicitud, limitándose a verificar la concurrencia de los presupuestos de reconocimiento. Acto seguido dicta la resolución autorizando o denegando la eficacia de la decisión extranjera. En la fase de recurso, previsto contra la resolución dictada es cuando se produce, propiamente, la contradicción entre partes, pretendiéndose la declaración de ejecutoriedad.

26. De conformidad con lo expuesto, el artículo 956 de la LEC de 1881 dispone que la forma que adopta la resolución dictada por el Juez de Primera Instancia al otorgar o denegar el reconocimiento y ejecución solicitada es el Auto. No obstante, en relación con la forma que debe adoptar la resolución del recurso de apelación, con contradicción entre las partes, interpuesto contra el Auto, en la práctica se observan tanto Autos como Sentencias. Esta peculiaridad del propio procedimiento, quizá en nuestra opinión, es la que podría o debería haber determinado la obvia excepción del rigor del art. 477.2 LEC. Como razona el Auto del Tribunal Supremo de fecha 19 noviembre 2002 (JUR 2002\266388), “la excepcional recurribilidad de los Autos dictados por la Audiencia en el seno de un procedimiento de exequátur

¹² En este mismo sentido se ha manifestado el TS en Autos de 24 de junio de 2015 (JUR 2015\171782), 10 de diciembre de 2013 (JUR 2013\384612), 7 de febrero de 2012 (JUR 2012\62052) y 15 de junio de 2010 (JUR 2010\236294).

ha de circunscribirse únicamente al Auto que resuelve el recurso contradictorio. Es por ello por lo que la excepción a la recurribilidad en casación, únicamente de las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales no puede alcanzar a cualquier tipo de Auto dictado por las Audiencias Provinciales en el seno del procedimiento de exequátur, sino que ha de quedar limitado al que resuelve el recurso contradictorio previsto en los propios instrumentos internacionales”¹³.

27. Conviene indicar que el Tribunal Supremo, por ejemplo, en Auto de 27 de mayo de 2014, ha admitido la casación contra Sentencias que resolvía el exequátur. Ahora bien, aunque se entendiera que la resolución que se recurre es susceptible de recurso de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC el recurso no podría prosperar si no se acredita el interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a tenor de los criterios de recurribilidad que viene propugnando de acuerdo con lo dispuesto en la LEC, ya que es doctrina reiterada por el propio Tribunal que cuando el presupuesto del interés casacional ha de fundarse en la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo es preciso citar dos o más sentencias de la Sala Primera, presupuesto que permitiría fundamentar el interés casacional alegado, en tanto en cuanto este interés casacional no queda justificado a través de la alegación de Autos.

28. Observado lo anterior, debe ponerse de manifiesto que hoy no cabe la inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, atendiendo al tenor del artículo 55 LCJIMC, que viene a indicar, en su apartado 2º que, contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia¹⁴, la parte legitimada podrá interponer el citado recurso de conformidad con las previsiones de la LEC.

29. Al referirse a “la resolución”, ésta debe concebirse como cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso (artículo 43,a) de la LCJIMC), concepto muy parecido al recogido en el artículo 2,a) del Reglamento Bruselas I, por lo que, como indican CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, el precepto de la norma interna “puede tomarse, *mutatis mutandi*, del Reglamento Bruselas I”¹⁵.

30. En este sentido, como es lógico, debe indicarse que la admisión del recurso de casación en los términos del artículo 477 LEC, contra Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación en procedimientos de exequátur supone un acierto del legislador español, que ha aproximado el sistema español al europeo recogido en el Reglamento Bruselas I-bis¹⁶.

V. Conclusión

31. Con el Auto del Tribunal Supremo, de fecha 30 de mayo de 2018, se vuelve a poner de manifiesto la oposición a admitir recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, ya que sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales.

¹³ Mismo posicionamiento muestran los Autos del TS de fechas 12 de junio de 2001 (RJ 2001\6581), 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001\9282), 19 de febrero de 2002 (JUR 2002\62455), 20 de marzo de 2002, 2 de julio de 2002 (JUR 2002\204672) y 1 de octubre de 2002 (JUR 2002\238690).

¹⁴ Si bien la remisión es genérica, como indica F. GASCÓN INCHAUSTI: “el artículo aporta un doble valor añadido: permite descartar una exclusión *a priori* de estos recursos por razón de la materia; y permite descartar asimismo una exclusión de la casación que se fundara en la eventualidad de que el recurso de apelación fuera resuelto mediante auto”.

¹⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª Ed. Comares, Granada, 2018, p. 415.

¹⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª Ed. Comares, Granada, 2018, p. 464.

32. Este rigor interpretativo podría haber sido rebajado si se hubiese tenido en cuenta que las resoluciones de las Audiencias Provinciales dictadas contra los recursos de apelación interpuestos contra los Autos, se observan tanto Autos como Sentencias.

33. En cualquier caso, estando vigente la LCJIMC, será de gran interés conocer qué posición adopta el Tribunal Supremo cuando llegue a su conocimiento el artículo 55.2 de la Ley 29/2015 que, como manifestamos, le habilita para entender de este procedimiento vía recurso de casación o extraordinario por infracción procesal.

RESTITUCIÓN DEL MENOR, DECLARACIÓN
DE ILICITUD DEL TRASLADO Y COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL. COMENTARIO AL AUTO
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS ISLAS BALEARES
DE 19 DE ABRIL DE 2018

RETURN OF THE CHILD, DECLARATION OF WRONGFUL
REMOVAL AND JURISDICTION. COMMENT
ON THE JUDGMENT OF THE SPANISH COURT OF APPEAL
OF THE BALEARIC ISLANDS OF 19 APRIL 2018

ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Navarra

Recibido: 27.12.2018 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4661>

Resumen: la solicitud de restitución de un niño ante las autoridades inglesas no impide que los tribunales españoles, país donde el menor tenía su de residencia habitual antes del traslado, declaren la ilicitud del traslado y adopten medidas cautelares para evitar un nuevo traslado internacional.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, secuestro internacional de menores, restitución del menor, retorno inmediato, declaración de ilicitud del traslado, retirada del pasaporte, competencia judicial internacional, litispendencia, garantías procesales.

Abstract: the request for the return of a child before the English authorities does not prevent the Spanish courts, the country where the child had his habitual residence before the transfer, assume jurisdiction to declare the wrongfulness of the removal and adopt precautionary measures to avoid a new international abduction.

Keywords: international child abduction, legal kidnapping, return of the child, prompt return, declaration of wrongfulness of the transfer, withdrawal of the passport, international jurisdiction, lis pendens, procedural guarantees.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas. III. Exhaustividad, congruencia y motivación en los procesos de declaración de ilicitud del traslado. IV. Litispendencia y competencia judicial internacional en los procesos de retorno y declaración de ilicitud del traslado. V. Valoración.

I. Introducción

1. En el primer número de 2018 de esta Revista, al hilo de otra sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, se hacía referencia al crecimiento que está experimentando el problema del

traslado ilícito de menores. Se apuntaba entonces que, en España, en las últimas décadas, los supuestos se han multiplicado por siete¹.

2. El texto del nuevo Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares que ahora se comenta, no deja claras algunas circunstancias fácticas de la controversia como, por ejemplo, los vínculos conyugales entre las partes en el momento del litigio, ni los derechos y obligaciones que mantienen con el menor. Tampoco detalla el contenido de lo solicitado en cada uno de los procedimientos que se mencionarán. A continuación, se recogen los hechos relevantes que sí aporta el auto.

II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas

3. El Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 19 de abril de 2018 resuelve la apelación presentada por doña Valentina frente al Auto un Juzgado de Primera Instancia. Dicho juzgado estimó la demanda de don Enrique, declarando “la ilicitud del traslado del hijo menor de las partes, Lucas, acordando como medida cautelar la retirada del pasaporte del menor en el momento en que entre a España por el aeropuerto de DIRECCION000², a fin de asegurar la prohibición de salida del territorio nacional una vez que se encuentre en la isla como consecuencia de la ejecución de la orden de restitución dictada por las autoridades británicas”.

4. En efecto, el 29 de junio de 2017, el menor había sido trasladado de España, donde residía habitualmente desde marzo de 2015, a Londres por doña Valentina, sin el consentimiento de don Enrique. El Auto no hace referencia a las relaciones parentales existentes.

El 26 de septiembre de 2017, un tribunal inglés dictó la orden de restitución del menor. Se deduce de los hechos que, en dicho procedimiento llevado a cabo en Inglaterra, doña Valentina interpuso una declinatoria impugnando la competencia judicial internacional del tribunal. Conforme a lo afirmado por don Enrique, en la decisión inglesa se resolvió también la cuestión de la competencia internacional. La resolución británica no fue recurrida después por doña Valentina.

El 2 de octubre de 2017, como se ha apuntado, se dictó el Auto del Juzgado de Primera instancia de las Islas Baleares en procedimiento de patria potestad declarando ilícito el traslado y adoptando la medida cautelar de la retirada del pasaporte. Cabe deducir de los hechos que doña Valentina alegó al iniciarse este procedimiento que existía un procedimiento pendiente en Inglaterra y que, por lo tanto, el juzgado español no podía conocer hasta que no se resolviera la declinatoria planteada en Inglaterra. No se mencionan en los hechos las fechas de inicio de cada uno de los procedimientos. Como hemos señalado en el párrafo anterior, la sentencia del tribunal inglés resolvió la cuestión de la competencia judicial internacional.

El 19 de octubre de 2017 se dictó un Auto en el que se adoptaron medidas coetáneas. En él, según afirma don Enrique, se declaró probado que el domicilio habitual del menor se encontraba en una concreta dirección en España. En ese mismo Auto, el juez desestimó la excepción relativa a la competencia del juez español que había interpuesto doña Valentina. Este Auto no fue recurrido por doña Valentina.

Aunque los hechos no son del todo nítidos, en lo que respecta a las cuestiones de competencia judicial internacional, se ataca al Auto por haber entrado a conocer el juez español de un asunto relativo a la licitud del traslado del menor estando pendiente la resolución una declinatoria en Inglaterra en un procedimiento de solicitud de restitución del menor. La proximidad temporal de ambos procedimientos dificulta el caso y la falta de mención de las fechas de inicio de los procedimientos complica este análisis.

¹ I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la unión europea: Retorno vs. Violencia familiar o doméstica”, *CDT*, (marzo 2018), Vol. 10, núm. 1, pp. 610-619. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, actualmente, más del 70% de los secuestradores son mujeres que ostentan la custodia. Muchas veces lo hacen huyendo de la violencia. V. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 489.

Sobre la descripción del fenómeno, causas de su aparición y su crecimiento, y características principales, v. B. GÓMEZ BENOUECHEA, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 19-38.

² El Auto omite la localidad.

Ya en fase de recurso, se ataca la competencia del juez español en la medida en que el juez inglés ha resuelto, finalmente, el asunto.

El 19 de abril de 2018, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares dictó el Auto que ahora se comenta.

5. La apelante basó sus pretensiones en varios argumentos. En primer lugar, y haciendo referencia a la vulneración de las garantías procesales, alegó falta de exhaustividad en la resolución. Según la apelante, el juez de primera instancia rechazó toda la actividad probatoria intentada propuesta, y basó su resolución en la ausencia de consentimiento del padre al traslado, sin tener en cuenta los motivos de la estancia del menor el año anterior en el lugar de residencia habitual. El Auto aquí analizado no hace tampoco referencia a esos motivos. La apelante considera, en definitiva, que la existencia de una orden judicial de retorno, consentida y consensuada por ella, no acredita la ilicitud del traslado del menor a Inglaterra, por lo que afirma que existe una falta de motivación en el pronunciamiento.

6. Sin embargo, la parte apelada afirma que doña Valentina había reconocido en la vista tanto el traslado a Inglaterra sin consentimiento del padre, como que el domicilio habitual del niño se encontraba en España desde marzo de 2015, y que esto era resultado de una mudanza voluntaria en busca de trabajo y con vocación de permanencia. Señaló además que no se había rechazado a la apelante la presentación de pruebas relacionadas con el objeto del litigio.

7. También con base en una presunta vulneración de las garantías procesales, se impugnó la decisión por falta de congruencia. De acuerdo con lo expuesto por doña Valentina, no procedía que el juzgado abordase los derechos correspondientes a la patria potestad del padre, sobre el que ya había un procedimiento pendiente en el cual se había impugnado además la competencia del juez inglés. Se entiende que cuando alegó la pendencia del proceso inglés y de la declinatoria, esta todavía no había sido resuelta.

8. Enlaza, por tanto, este motivo con el de la alegación de la falta de competencia del juzgado español, pues -como se ha dicho- existía una declinatoria pendiente de ser resuelta en Inglaterra. Además, finalmente, el tribunal inglés resolvió la cuestión de la restitución, por lo que la apelante considera que la cuestión ya está juzgada. Como se puede apreciar, la apelante entiende que en un primer momento se debió apreciar la excepción de litispendencia y en un momento posterior la de cosa juzgada.

9. Sobre pretendida falta de competencia, don Enrique afirmó que la declinatoria inglesa fue resuelta en la sentencia de 26 de septiembre de 2017, que no fue recurrida. La impugnación de la competencia en España por litispendencia fue resuelta en el Auto en el que se dictaron las medidas coetáneas (y en las que se declaró probado el domicilio habitual del menor), y se desestimó la falta de competencia judicial internacional, auto que tampoco fue impugnado.

III. Exhaustividad, congruencia y motivación en los procesos de declaración de ilicitud del traslado

10. La Audiencia Provincial desestimó la alegación referente al rechazo de las pruebas planteadas por dos razones. En primer lugar, porque pudiendo solicitar el recibimiento a prueba en la fase de recurso (al amparo del art. 460.2 1º LEC), la apelante no lo hizo. Pero, además, sostiene la Audiencia que el pronunciamiento de instancia estaba basado en pruebas: precisamente el reconocimiento de la madre en la vista de que se llevó al niño sin el consentimiento del padre y su admisión, implícita, de que su llegada a España tenía vocación de permanencia.

11. La Audiencia considera que el auto de primera instancia tampoco incurre en falta de motivación. Recuerda para ello cuál es el objeto del proceso, que es sobre el que se pronunció el juzgado de forma motivada valorando los elementos de prueba relevantes para ello, que son básicamente dos: cuál

era el domicilio habitual en el momento de la sustracción y la ausencia de consentimiento del padre para que el menor se trasladara a Inglaterra de forma definitiva.

12. En relación con la congruencia del pronunciamiento, el auto señala que las medidas adoptadas por el juzgado son las que prevé el art. 158.3 CC para proteger los derechos de custodia y visitas en el sentido del art. 5 del CH 1980.

13. Según el tribunal de apelación, las cuestiones abordadas no exceden del objeto del procedimiento y de los intereses que deben protegerse en el mismo. El supuesto encaja, según la sala, en una vulneración de los derechos a los que se refiere el Convenio, en la medida en que la conducta de doña Valentina al trasladar al menor a Inglaterra no solo conculca el derecho del padre a intervenir en esa decisión, sino que impide o dificulta a este la posibilidad de ejercer su derecho de custodia o de visitas.

14. En muchos casos la autoridad competente para dictar la orden de restitución solicita que se obtenga una declaración de la ilicitud del traslado, aquí la apelante parece interpretar que en este caso la orden de restitución ha influido para que las autoridades del país de residencia declaren la ilicitud del traslado.

IV. Litispendencia y competencia judicial internacional en los procesos de retorno y declaración de ilicitud del traslado

15. El aspecto del Auto sobre el que nos queremos centrar, al igual que hace la Sala, es el relacionado con la competencia judicial internacional. Como se ha señalado, la apelante fundaba su impugnación de competencia en la pendencia de la declinatoria que había planteado en Inglaterra.

16. Aunque, como señalábamos, no es mucha la información que ofrece el Auto de la Sala acerca del procedimiento iniciado en la primera instancia, ni de su fecha de inicio, ni de las alegaciones en hecha en el mismo, cabe deducir cuál era su objeto. Siguiendo el cauce del nuevo art. 778 sexies LEC y del art. 158.3 CC, buscaba la declaración de ilicitud del traslado y la adopción de medidas para evitar nuevos traslados. En efecto, la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, derogó los arts. 1901 a 1909 LEC/1881, e introdujo, entre otros, el art. 778 sexies LEC, que lleva por rúbrica “Declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional”³.

17. Este artículo está previsto para los casos en los que un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado internacional conforme a lo que definen los convenios aplicables. Permite a cualquier interesado, al margen del proceso que se inicie para pedir la restitución internacional, dirigirse a la autoridad judicial española competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que declare la ilicitud del traslado. Hace una remisión a los cauces procesales del Título I del Libro IV⁴ para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España y las medidas del art. 158 CC.

18. La Fiscalía General del Estado ha elaborado una importante Circular⁵ que viene a completar lo previsto sobre estos procedimientos.

³ Sobre esta nueva regulación, v., entre otros, J. R. LIÉBANA ORTIZ, “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 13, 2015, pp. 83-109.

⁴ Aunque la Ley no es clara, parece que hay que acudir al juicio verbal (J.L. GÓMEZ COLOMER, “Procesos civiles no dispositivos”, en J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, M.P. CALDERÓN CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, 24ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 780.

⁵ Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, *Anuario de justicia de menores*, núm. 15, 2015, pp. 601-694.

19. Es importante señalar en este punto que, aunque no aparece mencionado en el Auto, en los traslados ilícitos intraeuropeos no solo hay que tener en cuenta lo previsto en el CH/1980, sino también, y muy especialmente, lo previsto en el Reglamento Bruselas II bis (en adelante RB II bis)⁶. Como explica Garcimartín, de la aplicación combinada de ambos instrumentos se deriva la existencia de dos vías para hacer frente a un secuestro. Por un lado, el art. 10 del RB II bis prevé la competencia de los tribunales estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes del traslado. Esta competencia se mantiene en la medida en que no concurren las circunstancias que enumera ese mismo artículo⁷.

20. La otra vía es solicitar la restitución inmediata ante las autoridades del Estado miembro donde se haya trasladado al menor, según lo arts. 12 y 13 del CH/1980, teniendo en cuenta las especialidades establecidas por el art. 11 del RB II bis⁸. Entre otras cosas, el art. 11 exige a los tribunales de los Estados miembros que se vele por dar audiencia al menor y se resuelva en un plazo máximo de 6 semanas.

21. Es interesante resaltar que el párrafo 8 del art. 11 del RB II bis prevé que con independencia de la resolución dictada en el país en el que se encuentra desplazado el menor, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional de la residencia habitual anterior al traslado será ejecutiva con el fin de garantizar la restitución del menor.

22. Es cierto que no en el caso en estudio, la resolución española no ordena la restitución, sino que declara el traslado ilícito y ordena medidas cautelares, sin embargo, puede deducirse que no cabe oponerse a la competencia del juez de la residencia alegando que el juez del lugar de traslado a resolvió la cuestión.

23. El art. 778 sexies LEC contiene dos párrafos claramente diferenciados. Ambos hacen referencia a solicitudes de declaración de ilicitud de un traslado. Sin embargo, mientras que el primero alude a solicitudes al margen del procedimiento que se inicie para solicitar la restitución internacional, y que muchas veces tendrán como objetivo la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, en especial las previstas en el art. 158 CC (como ocurre en el caso aquí analizado). Por su parte, el segundo estaría específicamente redactado para desarrollar al art. 15 del CH.1980, es decir, para casos en los que las autoridades del país donde se ha producido el traslado requieran al solicitante una resolución de las autoridades de la residencia. Por otro lado, mientras que para la declaración a la que se refiere el párrafo primero, la competencia corresponde a la autoridad competente para conocer sobre el fondo del asunto, en el segundo se establece que la competencia corresponde, en principio, a la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental sobre el menor, y en su defecto, el juzgado de primera instancia del último domicilio del menor en España.

⁶ V. entre otros, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, 2008, pp. 169-207.

⁷ Los tribunales de la residencia anterior al traslado “conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:

a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención,

o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”.

⁸ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Civitas, 2017, p. 160.

24. Como apuntó la Audiencia, no cabe hablar aquí de litispendencia, dado que el objeto del litigio inglés es distinto –solicitud de retorno del menor-. En el presente se trata solo de aclarar si un menor con residencia en España ha sido objeto de un traslado o retención transnacional conforme a lo establecido en el Convenio. De no ser así, como señala la Audiencia Provincial, “se pondría en riesgo la propia celeridad y especificidad de unas actuaciones judiciales que pretenden evitar la sustracción de los hijos, como es el objeto de las medidas previstas en el art. 158.3 CC”. Como afirma el auto de la sala, este tipo de medidas pueden adoptarse en cualquier procedimiento civil o penal, incluso en un expediente de jurisdicción voluntaria.

25. A lo largo del articulado del CH 1980 se observa que la intención de la norma es evitar que decisión de las autoridades del país donde el menor ha sido desplazado interfiera en los procesos que se lleven a cabo en el país de residencia. En este sentido, el art. 19 del Convenio aclara que “una decisión adoptada en el marco del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia”. Por tanto, está prevista la plena compatibilidad de pronunciamientos, ya que los que se siguen al amparo del Convenio, buscan solamente una acción directa que permita el retorno a la situación de hecho anterior al traslado del menor. Por esta razón, el CH 1980 suele calificarse como de un “convenio fáctico”⁹.

26. Es más, uno de los objetivos del Convenio es evitar que los tribunales del país donde se ha trasladado ilícitamente al menor se declaren competentes para conocer de los derechos relacionados con la responsabilidad parental (cosa que con frecuencia busca el progenitor que ha perpetrado la sustracción). En este sentido, el art. 16 del CH/1980 prohíbe a los tribunales del país al que ha sido trasladado ilícitamente el menor conocer sobre el fondo de los derechos de custodia salvo que se determine que el menor no tiene que ser restituido o que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se presente la solicitud. Se trata en cierto modo de una regla de “competencia judicial internacional negativa”¹⁰.

27. Por otro lado, el CH 1980 prevé que se puedan dictar decisiones relativas a la custodia del menor, sin que ello deba afectar a la decisión sobre la restitución, aunque puedan tenerse en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el convenio (art. 17).

28. Hay que recordar que el objetivo del CH 1980 es, primordialmente, otorgar la restitución inmediata del menor al país de su residencia habitual. “Cuando un tribunal se pronuncia sobre la restitución del menor, en ningún caso se está pronunciando sobre la custodia del menor”¹¹.

29. Como apuntan Calvo y Carrascosa, “en el caso de sustracción ilícita de un menor desde España a otro país, los tribunales españoles estiman que, cuando deben decidir sobre la custodia del menor, la conducta del progenitor sustractor constituye un dato a tener presente para modificar, en su perjuicio, la custodia del menor, pues el hecho del traslado y del incumplimiento del mandato judicial permite afirmar un ejercicio inadecuado de la guarda de su hija por la madre y la incapacidad de esta para ejercer una guarda responsable de la misma (AAP Málaga 15 mayo 2017). El objetivo es que sean los tribunales del lugar donde el menor tiene su residencia habitual los que se pronuncien sobre la guarda y custodia y visitas del menor.

30. Como señalan estos mismos autores, el objetivo del CH 1980 es volver al *statu quo* anterior y evitar que se consolide la situación creada por el secuestro, nunca entrar al fondo del asunto. El CH 1980 parte de que las autoridades de la residencia habitual anterior son las mejor situadas para decidir

⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 494.

¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 495.

¹¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 495 y 503, citando el AAP Barcelona 13 marzo 2012 y la SAP Las Palmas 29 junio 2017.

sobre la custodia del menor, tanto por su más fácil acceso a la información sobre el menor como por su mejor posición para aplicar cualquier medida.¹²

V. Valoración final

31. La problemática suscitada en este proceso puede deberse a la celeridad con que con frecuencia actúan los tribunales ingleses a la hora de dictar órdenes de retorno. Al adelantarse al pronunciamiento sobre la declaración de ilicitud en España, se han planteado dudas sobre la existencia de una situación de litispendencia o, incluso, de cosa juzgada. Sin embargo, la Audiencia acierta con su solución que permite evitar tácticas dilatorias.

32. Pese a que del texto del Auto no se deducen todos los datos relevantes para conocer el contenido del proceso en España y de su objeto, es previsible que en casos como el aquí analizado, puedan repetirse alegaciones relacionadas con la competencia judicial internacional cuando se inicien procesos en los distintos países implicados. Convendría aclarar esta cuestión para que la aplicación del art. 778 sexies LEC no vuelva a generar cuestiones como las aquí planteadas.

33. La concurrencia de normas nacionales e internacionales en este tipo de procesos, así como la intervención de autoridades de distinta naturaleza y de distintos países añade dificultad a la correcta solución de una problemática tan delicada y, por desgracia, tan frecuente como es la sustracción internacional de menores. Convendría seguir estableciendo guías claras (como se ha hecho desde la fiscalía) y continuar intensificando la formación en este sector de todos los operadores implicados.

¹² A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 495-496.

LA ERRÓNEA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA
JUDICIAL INTERNACIONAL CUANDO LOS HIJOS RESIDEN
EN ESTADOS MIEMBROS DIFERENTES: SENTENCIA
DE LA AP DE LUGO Nº 44/2018, DE 11 DE ABRIL DE 2018

THE WRONG DETERMINATION OF THE INTERNATIONAL
JURISDICTION WHEN THE CHILDREN HAVE THE HABITUAL
RESIDENCE IN DIFFERENT MEMBER STATES: THE
JUDGMENT OF THE SPANISH COURT OF APPEAL OF LUGO,
NUMBER 44 /2018, OF 11th APRIL 2018

IDOIA OTAEGUI AIZPURUA

*Profesora Adjunta de Derecho internacional privado
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea*

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 22.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4662>

Resumen: La determinación de la correcta competencia judicial internacional en procedimientos relativos a la responsabilidad parental, reviste una relevancia especial por las consecuencias finales que dicha determinación tiene sobre los menores, principales destinatarios de las medidas que los tribunales competentes adoptarán sobre ellos. Si a ello le añadimos una situación de residencia habitual en Estados miembros diferentes y de litispendencia internacional, la complejidad del caso aumenta. Afortunadamente, las disposiciones comunes del Reglamento Bruselas II *bis* establecen unos criterios claros para la solución de los conflictos de competencia como el planteado en el caso objeto de análisis.

Palabras clave: Reglamento “Bruselas II *bis*”, litispendencia, competencia judicial internacional, responsabilidad parental, residencia habitual del menor.

Abstract: The determination of the proper international jurisdiction in proceedings related to parental responsibility is particularly relevant due to the final consequences that this determination has on minors, main addressees of the measures that the competent courts will adopt on them. If we add to this a situation of habitual residence in different Member States and an international *lis pendens* foreclosure, the complexity of the case increases. Fortunately, the common rules of the Brussels II *bis* Regulation set clear criteria for the resolution of conflicts of competence such as the one raised in the case under analysis.

Keywords: “Brussels II *bis*” Regulation, *Lis pendens*, international jurisdiction, parental responsibility, habitual residence of the child.

Sumario: I. Hechos. II. Cuestiones introductorias. III. Cuestiones jurídicas planteadas. III.1. La litispendencia internacional. III.2. La determinación de la competencia judicial internacional. III.2.A. La residencia habitual del menor. IV. Conclusiones.

I. Hechos

1. Los hechos que dieron origen a la sentencia objeto de comentario fueron – brevemente referidos- los siguientes: el matrimonio formado por un nacional español y una nacional británica residió durante unos años en Madrid, donde nacieron sus dos hijos, Leoncio y Ricardo. Posteriormente, la familia se trasladó a Portugal, donde la madre residía con el hijo pequeño al tiempo de la demanda. El padre volvió a Madrid con el mayor de los hijos, con el que residía al tiempo de la demanda. La madre, en un primer momento, otorgó su consentimiento para el empadronamiento del hijo mayor en Madrid, junto con su padre y sus abuelos paternos. Pero, en el mes de septiembre de 2016 interpuso demanda de responsabilidad parental, en virtud de la que solicitaba la custodia de los menores ante los tribunales portugueses y éstos se la otorgaron con carácter provisional. El padre de los niños presentó, a su vez, en el mes de diciembre del mismo año, una petición de medidas provisionales previas a la demanda de responsabilidad parental ante los tribunales de Madrid. La madre impugnó la competencia de los tribunales españoles, presentando la correspondiente declinatoria de jurisdicción. El Tribunal de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Lugo que conoció de este último procedimiento consideró que, ante la situación de litispendencia existente, dicho Tribunal carecía de competencia judicial internacional para conocer del asunto y que la competencia correspondía a los tribunales portugueses, porque fueron los primeros ante los que se interpuso la demanda y porque otorgaron provisionalmente la custodia a la madre, aceptando de este modo su competencia. El padre presentó el correspondiente recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Lugo, revocando la sentencia de instancia, resolvió que el Tribunal competente para el conocimiento de dichas medidas provisionales era el Tribunal de Primera Instancia español.

II. Cuestiones introductorias

2. La primera observación que con respecto a la sentencia objeto de comentario¹ quisiéramos hacer, es que –desafortunadamente- tras más de veinticinco años de la *comunitarización* del Derecho internacional privado, todavía encontramos resoluciones judiciales dictadas por Juzgados y Tribunales españoles que demuestran un escaso conocimiento de las básicas normas y conceptos del sistema de Derecho internacional privado español. La sentencia que nos ocupa es un claro ejemplo de ello. Pero, además de los errores de “fondo”, también hemos podido comprobar que la resolución tiene otros errores de “forma”. Empezando por estos últimos, el primer error detectado hace referencia a las partes litigantes. Como parte recurrente consta “Ignacio” y como parte recurrida “Luis Alberto”. El error viene desde la instancia, dado que en el Auto que resolvía las medidas provisionales también consta como demandante Ignacio y como demandado, Luis Alberto. Afortunadamente, la sentencia de apelación lo subsana.

3. Otro de los aspectos a destacar, sería la sucinta y escueta redacción de esta sentencia de apelación, que está resolviendo una cuestión tan relevante para las partes litigantes como es el Estado miembro competente para conocer del fondo de asunto. Este Estado, a su vez, resolverá qué régimen de guarda y custodia tendrán los menores directamente afectados por la separación o el divorcio de sus progenitores (tampoco se facilita dato alguno al respecto) y si podrán o no seguir residiendo con el progenitor con el que están y en qué Estado miembro. La Audiencia Provincial de Lugo, en lugar de dictar una resolución con Fundamentos de Derecho bien argumentados, se limita a despachar el asunto en un par de páginas, obviando mucha información relevante del asunto y dificultando de esta manera la correcta comprensión de lo sucedido.

4. Sin embargo, los errores más preocupantes los hemos podido constatar tanto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2, como en la de apelación. La juzgadora *a quo* ha realizado una incorrecta aplicación del sistema de fuentes de nuestra disciplina, al resolver que los tribunales portugueses eran competentes para el conocimiento del asunto, no porque así lo estableciera el

¹ Sentencia de la AP de Lugo nº 44/2018, de 11 de abril de 2018. ECLI:ES:APLU:2018:41.

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*”), sino porque lo determinaba el art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Antecedente de Hecho Primero). Sorprendentemente, la Juez ha aplicado correctamente el instrumento europeo en lo que a la litispendencia internacional se refiere, pero no así en el sector relativo a la competencia judicial internacional.

5. Lamentablemente, la Audiencia Provincial de Lugo no da muestras de un mayor conocimiento de los conceptos básicos del Derecho internacional privado. La Audiencia señala, por ejemplo, en el Fundamento de Derecho Quinto, apartado e), que: “los puntos de Conexión de Fueros son más intensos con España”. Los Magistrados confunden, por un lado, los puntos de conexión de las normas de conflicto que designan la ley aplicable, con los criterios de atribución de la competencia judicial internacional, que determinan los órganos jurisdiccionales procesalmente competentes. Y, por otro, justifican la atribución de la competencia judicial internacional a favor de los tribunales españoles, en base a unos criterios no establecidos en la normativa procesalmente aplicable al asunto (el Reglamento “Bruselas II *bis*”), como son la nacionalidad española del padre, la doble nacionalidad española y británica de los menores, el nacimiento y la residencia en España. El art. 8.1 de dicho texto establece como criterio único de atribución de competencia judicial la residencia habitual del menor en el Estado miembro, en el momento en que se presente el asunto ante dicho órgano jurisdiccional. Todos los demás aspectos destacados por los Magistrados, no son relevantes para la atribución de la competencia judicial internacional.

6. Tampoco demuestran un conocimiento muy exhaustivo de la litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental, regulada en el apartado segundo del art. 19 del Reglamento “Bruselas II *bis*” y que más adelante detallaremos.

III. Cuestiones jurídicas planteadas

7. Los hechos que dan lugar a la sentencia objeto de comentario, plantean una complicada situación de crisis familiar, cuya solución no está legalmente prevista en la normativa comunitaria aplicable. Se trata de la ruptura de una relación conyugal de la que han nacido dos hijos, y cada uno de los progenitores reside habitualmente con uno de los hijos comunes, en un Estado miembro de la Unión Europea. En este caso, el padre reside habitualmente con uno de los hijos comunes en España y la madre, con el otro hijo común, en Portugal. Los menores llevan un tiempo (más de dos años) residiendo en sus respectivos Estados, están escolarizados, integrados, etc., por lo que la determinación de cuál es el Estado miembro mejor situado para el conocimiento de este asunto resulta, cuando menos, dificultosa. Pero, la situación se complica aún más, ya que ambos progenitores interponen sendos procedimientos relativos a la responsabilidad parental en Estados miembros diferentes. La norma aplicable para la determinación tanto de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del asunto, como para la resolución de la situación de litispendencia, es el Reglamento “Bruselas II *bis*”. Es este instrumento europeo y no otro el aplicable para la resolución de las diversas cuestiones que el caso plantea y que analizaremos a continuación.

1. La litispendencia internacional

8. La madre –residente en Portugal–, interpuso en el mes de septiembre de 2016, ante los tribunales portugueses, una demanda de responsabilidad parental. Desconocemos el *petitum* de dicha demanda, porque en la sentencia no constan detalles del mismo. El FD Segundo únicamente menciona que los tribunales portugueses le atribuyeron (presumiblemente a la madre) la custodia provisional de los hijos, pero tampoco sabemos si la custodia se refiere al hijo que reside con ella o si es con respecto a los dos. En el mes de diciembre del mismo año, el padre –residente en España–, presentó demanda de medidas provisionales (cuyo contenido también desconocemos) previas a la demanda de responsabilidad paren-

tal. El carácter y el contenido de estas medidas podría ser relevante, porque cabría haberlas presentado en base al art. 20 del Reglamento “Bruselas II bis”, pero carecemos -como decimos- de dato alguno que nos permita seguir esta vía jurídica. La madre compareció en este segundo procedimiento, impugnando la competencia a través de la correspondiente declinatoria de jurisdicción, e inició un procedimiento sobre traslado ilícito del hijo mayor a España, que fue desestimado.

9. En un supuesto como el que nos ocupa, la primera pregunta que se podría plantear sería si estamos ante una litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental o no. Para la resolución de dicha cuestión y, reiterando la dificultad de realizar un pronunciamiento correcto ante la falta de información en la resolución del contenido de los procedimientos iniciados, consideramos que los procedimientos judiciales presentados por ambos progenitores tienen el mismo objeto y la misma causa, por lo que la norma aplicable es, tal y como hemos mencionado *ut supra*, el apartado 2 del art. 19 del Reglamento “Bruselas II bis”. Este apartado prevé que: “Cuando se presenten demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa, ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiese presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”.

10. Por lo tanto, en primer lugar, corresponderá determinar si se trata de dos demandas que tienen la misma causa y el mismo objeto y que han sido presentadas ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros o si se trata de dos demandas diferentes. La juzgadora “*a quo*” estimó que se trataba de una situación de litispendencia regulada en el art. 19 del Reglamento Bruselas II bis, y que carecía de competencia en aplicación de dicho artículo. Por dicha razón, estimamos que entendió que se trataba de dos demandas que tenían la misma causa y el mismo objeto. Consideró, asimismo, que los tribunales portugueses establecieron su competencia judicial porque atribuyeron la custodia provisional a uno de los progenitores (probablemente a la madre), por lo que ella debía abstenerse del conocimiento de dicho procedimiento, tal y como determinan los apartados 2 y 3 del mismo art. 19 del Reglamento” Bruselas II bis”. En este mismo sentido se pronunció la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, en sentencia nº 710/2015, de dieciséis de diciembre de 2015².

11. Sin embargo, la AP de Lugo pasa de puntillas sobre este determinante asunto. No realiza un análisis de la litispendencia internacional, ni tan siquiera la menciona expresamente. La única referencia la encontramos en el FD Quinto, cuando pone de manifiesto que:” No procede en este momento prejuzgar el fondo de la cuestión, sino únicamente establecer la competencia judicial internacional discutida, y es evidente que hay que evitar la tramitación de dos expedientes en distintos países que pudieran provocar decisiones contradictorias e irreconciliables. En ese sentido, la documental aportada en el Rollo de Sala en el sentido de que los Tribunales de Portugal están a la espera de lo que se decida en el presente expediente es una prueba de que los tribunales portugueses comparten tal criterio y seguirán el mismo”.

12. De lo manifestado por la Audiencia Provincial parece deducirse - a falta de más datos- que los Tribunales portugueses han suspendido el procedimiento a la espera de lo que decida la propia Audiencia, y que comparten el criterio de que hay que evitar los efectos que sendas resoluciones contradictorias dictadas por la existencia de una litispendencia, pudieran producir. Los Magistrados de apelación,

² Vid. STS, Sala de lo Civil, nº 710/2015, de dieciséis de diciembre de 2015. ECLI: ES:TS:2015:5223. “Fundamento de Derecho. Segundo, 5 b) Además, la litispendencia, en demandas relativas a la responsabilidad parental, ha de valorarse en relación al mismo tipo de procedimiento (...). Así lo establece el artículo 19.2 del Reglamento, que dispone que, para valorar la litispendencia en relación a las demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor, establece que éstas tengan el mismo objeto y la misma causa”. Y, FD Segundo, apartado segundo 2. 2. “El artículo 19 del Reglamento n.º 2201/2003 regula la litispendencia y sus consecuencias tanto para la presentación de demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial como para las demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor con el mismo objeto y misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, estableciendo en ambos casos que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”.

en lugar de pronunciarse sobre la correcta aplicación o no de la juzgadora de instancia de la norma que regula la litispendencia internacional, optaron por establecer -erróneamente- la competencia judicial internacional en favor de los tribunales españoles basando, además, dicha competencia en criterios que poco tienen que ver con los establecidos por el foro de competencia judicial aplicable al caso.

2. La determinación de la competencia judicial internacional.

13. La relevancia de la determinación del Estado cuyos órganos jurisdiccionales van a conocer de un asunto de Derecho privado con elemento de extranjería, es indiscutible. De ahí la importancia de que la competencia judicial internacional sea determinada correctamente. En este supuesto concreto, serán los foros de competencia regulados en el Reglamento “Bruselas II *bis*” los que determinen qué Estado miembro es el competente para su conocimiento. Sin embargo, como decíamos al inicio de este comentario, la situación de hecho de la familia litigante, no está prevista por ninguno de los foros de competencia del Reglamento, por lo que la correcta solución jurídica de este asunto, no es fácil. La propia Audiencia ha tenido sus dudas en su labor juzgadora y así lo ha puesto de manifiesto en el FD Sexto³.

A) El criterio de la residencia habitual del menor

14. Las reglas de competencia judicial en materia de responsabilidad parental establecidas por el Reglamento “Bruselas II *bis*”, están concebidas en función de uno de los principios cardinales del DIPr de la Unión Europea, el interés superior del menor y, en particular, en función del criterio de proximidad⁴. Este criterio también lo recoge el considerando 12 del Reglamento “Bruselas II *bis*”, tal y como ha puesto de relieve el TJUE en numerosas ocasiones⁵. Según el Alto Tribunal europeo, “...el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la residencia habitual del menor es el mejor situado para apreciar las medidas que deben adoptarse en interés de éste. Según los términos de este considerando son, por lo tanto, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”⁶.

15. El apartado 1 del art. 8 de dicho texto comunitario establece la norma general de competencia en materia de responsabilidad parental, en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. El concepto de “residencia habitual” del Reglamento “Bruselas II *bis*” es un concepto autónomo y propio de dicho texto, ya que sólo dicho concepto autónomo garantiza la aplicación uniforme del Reglamento⁷. Sin embargo, el Reglamento no contiene una definición del concepto, por lo que, para determinar dicha “residencia habitual”, además de la presencia física del menor en un Estado miembro, es necesario que existan otros factores que revelen que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional⁸. Asimismo, es necesario realizar una ponderación de las circunstancias de hecho existentes en cada caso, de manera que se analice, por ejemplo, si los progenitores han comprado o han alquilado una vivienda o si han solicitado una de protección social, si han escolarizado a los menores, si tienen familiares en el Estado en cuestión, etc. Es decir, no bastaría con la presencia del menor o de los menores en dicho Estado⁹. No hemos constatado en la sentencia objeto de comentario, análisis alguno

³ “Sexto: Las dudas del caso aconsejan no hacer especial condena en costas”.

⁴ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 18ª edición, 2018, p. 437; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 9ª edición, 2016, p.385.

⁵ STJUE de 15 de febrero de 2017, C-499/15, *W. V. c. X*, apartado 51, ECLI:EU:C:2017:118; la STJUE de 15 de julio de 2010, C- 256/09, *Purrucker*, apartado 91. ECLI: EU:C: 2010:437.

⁶ Vid. STJUE de 17 de octubre de 2018, C- 393/18 PPU, *U.D. c. X.B.*, apartados 48 y 49. ECLI: EU:C: 2018: 835.

⁷ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. Cit.*, p. 439.

⁸ Vid. TJUE, C-497/10 PPU. *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*, apartado 49, ECLI: EU: C: 2010:829.

⁹ En este sentido se ha pronunciado el TJUE, en STJCE de 2 de abril de 2009, C-523/07, *A*. ECLI:EU:C:2009:225.

de la situación de hecho del supuesto concreto, que tenga en cuenta las circunstancias mencionadas en el caso de los dos menores.

16. Este foro de competencia es -como acabamos de decir- general, y ocupa un lugar central dentro de dichas normas de competencia, pero puede no ser de aplicación si concurren otras circunstancias especiales o excepcionales, reguladas en los foros de competencia de los arts. 9, 10 y 12 del Reglamento. El art. 9 regula la competencia prolongada de los tribunales del Estado miembro de la residencia anterior del menor; el art. 10 establece un foro de competencia en casos de sustracción de menores y, el art. 12 contempla un “foro de accesoriadad” para las causas matrimoniales, en virtud del cual, los tribunales competentes para conocer de una demanda de nulidad, separación o divorcio, también lo serán para conocer sobre la responsabilidad parental, si el menor reside en el foro¹⁰.

17. En el supuesto enjuiciado no procede ninguno de estos foros excepcionales, porque no se han dado las circunstancias para ello. No hay una demanda relativa al divorcio o a la separación judicial de la pareja interpuesta, con *vis* atractiva hacia dicho foro de la competencia del proceso relativo a la responsabilidad parental. Tampoco estamos ante una situación de sustracción ilícita de un menor, tal y como hemos mencionado anteriormente y, tampoco cabe el mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la residencia anterior del menor, porque el plazo transcurrido desde dicho cambio de residencia es muy superior a los tres meses previstos en el art. 9. Tampoco se dan las circunstancias para la aplicación del supuesto regulado en el art. 15 del Reglamento¹¹.

18. Por lo tanto, el único foro de competencia posible sería el establecido en el art. 8.1, es decir, el de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro correspondiente al lugar de residencia habitual del menor en el momento de la interposición de la demanda. Y, en el momento en que se presenta la demanda ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la labor a realizar por dicho órgano, es determinar si un menor tiene residencia habitual en dicho Estado, para poder declararse competente o no en base a dicho artículo, tal y como ha establecido el TJUE¹².

19. Sin embargo, la sentencia de apelación menciona –sorprendentemente- en sucesivas ocasiones, como criterio para la determinación de la competencia judicial, el domicilio conyugal o el domicilio de uno de los progenitores (FD Cuarto y FD Quinto e), respectivamente), y no el lugar de residencia habitual de los menores sobre los que hay que adoptar las medidas, tal y como regulan los arts. 8 y ss. del Reglamento “Bruselas II bis”. Adicionalmente, la resolución tiene en cuenta como motivos para la determinación de la competencia, el hecho de que la presentación de la demanda por parte de la madre en Portugal haya sido posterior a la autorización del empadronamiento del hijo mayor en Madrid; que el mayor de los hijos resida en España (obviando la residencia legal del hijo menor), que esté empadronado

¹⁰ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. Cit.*, pp. 385-386.

¹¹ Art.15: “Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. 1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor (...)”. Vid. B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “Responsabilidad parental y aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) n° 2201/2003: la STJUE de 27 de octubre de 2016”, *Cuadernos de Derechos Transnacional* (marzo 2018), Vol. 10, n° 1, pp. 639-656.

¹² Vid. En este sentido, la Opinión del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentada el 6 de diciembre de 2010. C497/10 PPU. *Bárbara Mercedes contra Richard Chaffe*, apartado 51.

“51. De forma general, el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 puntualiza que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene que determinar si un menor reside habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante ese órgano. Si el menor tiene su residencia habitual en el Estado miembro del órgano jurisdiccional en la fecha en la que se le ha presentado el asunto, ese órgano puede declararse competente con fundamento en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003. En cambio, si el menor ya no tiene su residencia habitual en el Estado miembro del órgano jurisdiccional en la fecha en la que se le presenta el asunto, ese órgano no puede declararse competente, al menos con fundamento en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003. No obstante, el referido órgano jurisdiccional puede declararse competente eventualmente, según las circunstancias, con fundamento en los artículos 9, 10, 12 o incluso 14 del Reglamento n° 2201/2003, o también inhibirse con fundamento en los artículos 13 o 15 del mismo Reglamento”.

con la autorización de la madre, que esté integrado, etc. Aspectos que podrán ser tenidos en cuenta –algunos de ellos, no todos- para decidir el fondo del asunto, la atribución del derecho de guarda y custodia y el derecho de visita, así como en qué Estado debe residir y con quién, en base al interés superior del menor, pero no la determinación de la competencia judicial internacional.

20. En esta ocasión, la AP de Lugo ha adoptado una solución similar al asunto resuelto por la AP de Barcelona (Sección 12ª), en sentencia núm. 692/2012 de 23 de octubre¹³. En este caso, se trataba de tres hermanas menores de edad que, cuando se produjo la ruptura familiar, quedaron bajo la custodia de la madre en el Reino Unido. Posteriormente, las cuatro trasladaron su residencia a España y como las dos hijas mayores no se adaptaban a su nueva residencia, solicitaron regresar al Reino Unido, junto a su padre. La madre consintió dicho traslado y se quedó en España con la menor de las hijas. Planteada la demanda sobre la custodia de las menores, la AP de Barcelona consideró que los tribunales españoles eran los competentes para conocer del asunto porque España fue el último lugar de residencia habitual común de las tres hijas, antes de que las dos mayores trasladaran su residencia habitual a otro Estado miembro.

IV. Conclusiones

21. Con carácter general, la valoración que de la resolución comentada podemos realizar no es muy satisfactoria. Teniendo en cuenta la complicada y poco habitual situación de hecho en la que se encuentran los progenitores litigantes (residiendo legalmente cada uno de ellos en un Estado miembro diferente y cada uno con un hijo menor de edad) y la situación de litispendencia internacional producida por la interposición de demandas simultáneas en Estados miembros diferentes, consideramos que la respuesta jurídica a las principales cuestiones planteadas, debía haber sido una respuesta acorde a la relevancia del asunto y no lo ha sido. Los asuntos relativos a la responsabilidad parental, resuelven cuestiones tan relevantes para la estabilidad, el bienestar y el equilibrio de los menores directamente afectados por la situación de crisis familiar, como son la atribución de la guarda y custodia y del derecho de visita, o la adopción de medidas de protección sobre los menores, por lo que requieren - en nuestra opinión- de un análisis más detallado y argumentado que el resto de resoluciones judiciales, por las consecuencias que el fallo va a provocar en la vida de unas personas menores de edad. En este caso, el fallo no cumple con estas premisas, porque estamos ante una resolución dictada en apelación que no analiza detalladamente la situación de hecho, ni la jurídica y, por el contrario, contiene unos Fundamentos de Derecho poco argumentados y con errores conceptuales y normativos.

22. Los Magistrados de la Audiencia han focalizado su atención en la parte litigante residente en España y con nacionalidad española, dedicando muy poca atención a la situación de la otra parte litigante, residente en otro Estado miembro con uno de los hijos menores de edad del matrimonio. La consideración y el análisis realizado por dichos Magistrados del interés superior de los menores afectados por la complicada situación familiar, ha sido prácticamente nula. No hemos podido constatar una valoración o una ponderación del interés superior de cada uno de los menores nacidos del matrimonio, por lo que la decisión adoptada tampoco es, lamentablemente, el reflejo de dicha ponderación.

¹³ ECLI:ES: APB: 2012: 10679.

LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

THE CONSTRUCTION OF THE AUTONOMOUS CONCEPT OF HABITUAL RESIDENCE OF THE CHILD IN THE CASES OF INTERNATIONAL ABDUCTION OF CHILDREN

ISABEL REIG FABADO

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

Recibido: 16.01.2016 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4663>

Resumen: La concreción de la residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores ha resultado especialmente problemática por varias razones. En primer lugar por las interpretaciones divergentes que se han dado en los diferentes ordenamientos jurídicos y, en segundo término, por plantearse de manera especialmente delicada en estos supuestos en los que concurre la sustracción internacional de menores. Y, finalmente y a mayor abundamiento, por la ausencia de un concepto de residencia habitual del menor en la normativa reguladora. Probablemente, la necesidad de concretarlo, en aras al principio del interés superior del menor, en atención a criterios fácticos que, bajo el método casuístico, requiere un análisis de una serie de circunstancias *ex casu*. Piénsese que, en definitiva, la residencia habitual del menor se configura como criterio clave para la determinación de aspectos tan relevantes como la competencia judicial internacional, no solo en los casos de responsabilidad parental, sino y asimismo, en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, retención ilícita, competencia judicial internacional, residencia habitual del menor, concepto autónomo, integración y adaptación, retorno inmediato, restitución.

Abstract: The realization of the habitual residence of the minor in cases of international child abduction has been especially problematic for several reasons. In the first place because of the divergent interpretations that have been given in the different legal systems and, secondly, because they are considered to be particularly sensitive in these cases in which international child abduction occurs. And, finally and to a greater extent, by the absence of a concept of habitual residence of the minor in the regulatory regulations. Probably, the need to make it concrete, based on the principle of the best interests of the child, in response to factual criteria that, under the casuistic method, requires an analysis of a series of *ex-casu* circumstances. Think that, definitively, the habitual residence of the minor is configured as a key criterion for the determination of aspects as important as international judicial competence, not only in cases of parental responsibility, but also, in the event of illicit transfer or retention of children.

Keywords: international child abduction, illegal retention, international judicial competence, habitual residence of the minor, autonomous concept, integration and adaptation, immediate return, restitution.

Sumario: I. Introducción. 1. Los hechos y los fundamentos de la Sentencia. 2. Aspectos clave. II. La residencia habitual del menor en la sustracción internacional de menores. 1. Introducción. 2. La residencia habitual del menor como criterio central. III.- La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor. 1. La residencia habitual del menor en el Convenio de la Haya de 1980 y en el Reglamento *Bruselas II bis*. 2. La interpretación concepto autónomo en la jurisprudencia del TJUE. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La sustracción internacional de menores se configura, en la actualidad, como un fenómeno en aumento exponencial. Por un lado, se prevé que, solo en la UE, residen aproximadamente 16 millones de parejas mixtas¹, y, por otro, en las dos últimas décadas ha crecido considerablemente del número de traslados y retenciones ilícitas de menores², donde, de manera cada vez más habitual y dotando a estos supuestos de mayor complejidad, concurren elementos de violencia de género³.

2. El marco normativo de la sustracción internacional de menores que ofrece el Derecho internacional privado tiene su primer y principal exponente en el *Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*⁴. El objetivo de este instrumento –siempre en aras al interés superior del menor⁵– consiste en el retorno inmediato del menor al lugar de la residencia habitual del mismo inmediatamente anterior al traslado o la retención ilícitos⁶. Este Convenio opera, como veremos, en aplicación combinada con el Reglamento *Bruselas II bis*⁷ para los supuestos de traslados o

¹ Vid. INCADAT (*International Child abduction Data Base*), vid. <https://www.incadat.com/es>. Consultado a 8 de enero de 2019.

² En el marco del *Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores* (Instrumento de Ratificación publicado en BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987, pp. 26099-26105, BOE-A-1987-19691). Con carácter general, en 2015 hubo por lo menos 2.904 menores afectados en relación con 2.191 solicitudes de retorno. Aumento ralentizado pues crecen un 3% las solicitudes de 2008 a 2015, mientras que de 2003 a 2008 aumentaron un 45%. Si bien este aumento del 3% en 2015 se dio de forma concentrada en solo algunas jurisdicciones básicamente de la UE. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International Child Abduction- Global Report”, *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*, octubre de 2017, HCCH, p. 3. Solo en España, en las dos últimas décadas, se multiplica casi por siete el número de supuestos. En este sentido, la Autoridad Central ha pasado de 36 solicitudes en 1998, a 242 en 2015. En ese mismo año 2015, hubo 109 solicitudes que instaban la restitución de 140 menores a su lugar de procedencia y 133 requerimientos de retorno de 171 menores trasladados o retenidos ilícitamente fuera de España. Vid. F. J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, Sección Foro, Vol. 68/2, julio-diciembre de 2016, pp. 337-346, esp. p. 2 y “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*, núm. 3º/2016.

³ Vid. 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*, vol. 13, issue 2, 1999, pp. 191-212. Los 238 casos de denegaciones judiciales de 2015 suponen un 15%. De estos, la causa mayoritaria de la denegación fue, individual o combinadamente, el artículo 13.1.b) del Convenio de la Haya que supuso un 26%, y por oposición del menor, un 16%. Con respecto al plazo de tramitación de estas solicitudes en 2015 se empleaban 244 días, mientras que en 1999 eran 147 días, y 286 en 2008. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I- A statistical analysis...”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁴ Vid., *Convenio de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Instrumento de Ratificación publicado en BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987 (BOE-A-1987-19691).

⁵ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, esp. párrafo núm. 114. Texto disponible en: <http://www.hcch.net>.

⁶ Vid. los artículos 1 y 3 del Convenio *cit. supra* en relación con la finalidad del mismo y el carácter ilícito del traslado o la retención.

⁷ *Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, 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*, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, conocido como *Bruselas II bis* (DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003). El Reglamento *Bruselas II bis*, se encuentra en proceso de reforma. Con fecha de 30 de junio de 2016 se ha publicado en el DOUE la Propuesta de Reglamento de refundición del Reglamento *Bruselas II bis*. La propuesta se basa, fundamentalmente, en tres objetivos. En primer lugar, aspira a mejorar la cooperación judicial entre Estados miembros. En segundo término, pretende reforzar el interés superior del menor en la restitución. Y finalmente, quiere mejorar la eficiencia de la restitución del menor a través de la elaboración de unas normas mínimas comunes y un procedimiento de ejecución uniforme (vid. la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo*

retenciones ilícitas entre Estados miembros de la UE afectados por el Reglamento, que combina la inmediatez del retorno con la garantía del derecho a ser oído del menor en un equilibrio inestable⁸. Además, en tanto en cuanto los procedimientos del Convenio de la Haya de 1980 se tramitan ante las autoridades de cada Estado contratante de acuerdo con sus procesos y normas internas, debe añadirse –para el caso del ordenamiento jurídico español– lo establecido en el *Capítulo IV bis* de la *Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*⁹, bajo la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional”, en el artículo 778 *quáter, quinquies y sexties*.

3. Bajo este marco normativo, el criterio clave para la determinación de la competencia judicial internacional es la residencia habitual del menor, no solo en lo que afecta a las crisis matrimoniales y la responsabilidad parental (incluyendo la sustracción internacional de menores), por lo que al Reglamento que nos ocupa se refiere, sino en el conjunto de Reglamentos de la UE que afectan al Derecho de Familia, así como también en Sucesiones¹⁰. Con la particularidad de que, en ninguno de estos instrumentos se establece un concepto de residencia habitual, si bien en aras a la aplicación uniforme de la normativa de la UE debe procederse a su interpretación autónoma, esto es, sin remisión al Derecho interno de los Estados miembros. Circunstancia que, como veremos, impide reconducirla para su concreción a los Derechos internos de los Estados miembros y a tener en especial consideración la jurisprudencia interpretativa del TJUE. Además, la complejidad de esta cuestión aumenta cuando la determinación de la residencia habitual se refiere a menores y, con mayor razón, cuando concurre la sustracción internacional de menores, que es el caso que nos ocupa.

1. Los hechos y los fundamentos de la Sentencia

4. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 20 de abril de 2018¹¹ plantea un supuesto que responde al perfil actual de la sustracción internacional de menores en el que más del 70% de los supuestos se llevan a cabo por la madre¹². Así, se acuerda la restitución del menor a Reino Unido, junto a su padre, desestimando el recurso de apelación de la progenitora contra la resolución de primera instancia estimatoria de la demanda de procedimiento especial para la restitución o retorno de menor interpuesta por el Ministerio de Justicia. Básicamente, los hechos de la Sentencia refieren que los progenitores se habían trasladado a Dorset (Inglaterra) en el año 2016 donde residían junto con el menor y el padre ejercía como dentista y, a finales de agosto de 2017, durante un viaje a España, la madre procede a

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), Bruselas, 30 de junio de 2016, COM (2016) 411 final). El Reglamento Bruselas II bis introduce en materia de competencia judicial internacional foros de competencia que no existían sino implícitamente en el citado Convenio de la Haya. Asimismo, añade garantías procesales entre las que cabe destacar la audiencia del menor -artículo 11.2- (vid. M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, ponencia presentada en las X Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Madrid, Universidad Complutense, 2007). Del mismo modo, se mantiene el sistema de excepciones contenido en el Convenio con el objeto de denegar el retorno (vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, 2004, pp. 80-115, esp. p. 101.). Precisamente, este ha sido un punto conflictivo en la aplicación de las normas del Convenio de la Haya donde se ejercitan tácticas dilatorias en el proceso (vid. M. MOYA ESCUDERO, “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *La Ley*, D-17, 1998, p. 1781).

⁸ En este sentido, y aunque excede del objeto de este trabajo, no puede dejar de señalarse que la jurisprudencia del Tribunal de DDHH de Estrasburgo plantea la posible vulneración de derechos fundamentales en las restituciones inmediatas de menores, si bien las propuestas de reformas legislativas y la jurisprudencia del TJUE siguen apoyando la inmediatez del retorno (vid. P. BEAUMONT Y OTROS, “Child abduction: Recent jurisprudence of the European Court of Human rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, nº1, 2015 y P. BEAUMONT Y OTROS, “Conflicts of EU Courts in Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU”, *Journal of Private International Law*, Volume 12, 2016, Issue 2 pp. 211-260, esp. p. 259).

⁹ Capítulo introducido por la Disposición Final tercera, párrafo 10, de la *Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria* (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, con corrección de errores en BOE, núm. 210, de 2 de septiembre de 2015).

¹⁰ Vid. C. ESPLUGUES MOTA-J.L. IGLESIAS BUHIGUES-G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 12 ed., Valencia Tirant lo Blanch, 2018, p. 422.

¹¹ Vid. Roj. SAP P 217/2018.

¹² En 2015, el 73 % de los sustractores eran las madres, de las que el 93% eran custodios. Vid. N. LOWE-V. STEPHENS, “Part I-A statistical analysis...”, *op. cit.*, p. 3.

la sustracción del menor bajo la modalidad de no reintegro. Siendo que el menor contaba con billete de vuelta a Reino Unido y se encontraba matriculado allí para el siguiente curso académico.

5. Y ello considerando, según la resolución del Juzgado de primera instancia español, que corresponde a los tribunales ingleses –División de Familia del Tribunal Superior de Justicia– el conocimiento sobre el fondo del asunto (esto es, la custodia). El tribunal inglés ha calificado la retención del menor como “indebida” e “ilícita” y vulneratoria de los derechos del menor, pues, bajo esta actuación unilateral de la madre de retención del menor en España, se está privando al padre de la patria potestad que mantiene éste según le reconoce la Ley inglesa de menores de 1989¹³. A mayor abundamiento, añade el tribunal español, la retención del menor en España (y el hecho de matricularle en un centro escolar que desconoce) también perjudica al menor pues interrumpe su proceso de integración escolar en Reino Unido y su perfeccionamiento del inglés.

6. Conviene señalar que la sentencia española de apelación añade una serie de consideraciones en atención al proceso urgente y sumario objeto del litigio, derivado de los artículos 778 *quáter* de la LEC y ss. en relación con este concreto caso. La primera refiere a que no se aprecia que la restitución inmediata del menor a Reino Unido suponga ningún tipo de riesgo ni peligro para su persona y su salud. Y en este sentido mantiene que, más allá de que el progenitor sea el custodio, cuenta allí con un trabajo estable y *bien remunerado de dentista y desea de manera muy razonable hoy en día* que su hijo estudie y domine el idioma inglés¹⁴. La segunda consideración, refiere a las circunstancias de salud del menor y la excepción del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, por lo que parece que no hay ningún obstáculo para que el menor continúe realizando sus revisiones médicas anuales en España pese a que resida en Reino Unido, tal y como se han ido desarrollando hasta la fecha. Finalmente, y en tercer lugar, se constata que no concurre el consentimiento paterno expreso e inequívoco que pudiera desvirtuar la solicitud del retorno inmediato del menor realizada por este, sin perjuicio de que pueda procederse a mediación en cualquier momento y sin afectar al procedimiento principal sobre la custodia que se está desarrollando ante los órganos jurisdiccionales de Reino Unido.

7. Así pues, el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 20 de abril de 2018 desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre sustractora, confirmando, pues, la sentencia de instancia que acuerda el retorno inmediato del menor a Reino Unido. Debe añadirse que, con fecha 12 de abril de 2018, se dicta un Auto denegando el recibimiento del pleito a prueba en alzada, la celebración de la vista pública y la elevación de cuestión prejudicial al TJUE.

2. Aspectos clave

8. A la vista de los hechos de la Sentencia y de la argumentación del Tribunal, conviene hacer referencia a algunas de las consideraciones realizadas por el juez español de segunda instancia en relación con la concreción de la residencia habitual del menor. Y ello, básicamente, por cuanto este criterio –la residencia habitual del menor– se revela como especialmente problemático en la práctica y clave en la determinación de la competencia judicial internacional, tanto del tribunal competente para el retorno inmediato del menor, como para el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto. Así pues el tribunal español introduce en apelación al menos dos aspectos que pueden comentarse con respecto a la cuestión relativa a la residencia habitual del menor.

9. El primero de ellos refiere a la interpretación autónoma de este criterio, que no debe reconducirse hacia la noción de cada ordenamiento jurídico interno. Entiende el tribunal español –en atención al artículo 218 de la LEC– que el menor tenía su residencia en Inglaterra declarada por los tribunales ingleses y derivada del proceso principal de divorcio, bajo la jurisdicción de los tribunales de Inglaterra

¹³ Vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, letra b).

¹⁴ Vid. el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, letra b), 1ª.

y Gales y según lo certificado por el Registro Consular del Consulado General de España. Además, *la competencia para conocer de las medidas de responsabilidad parental sobre el menor corresponde a los tribunales ingleses, como viene acordado desde septiembre de 2017, y que los tribunales españoles carecen de competencia y que la residencia (d)el menor anterior al 23 de agosto (fecha del no reintegro) era en el Reino Unido.*

10. En segundo lugar, el juez español de apelación señala a los factores de integración, de arraigo y de habitualidad de residencia en Reino Unido. Y a tal efecto se subraya que el menor estaba dado de alta en el sistema nacional de salud inglés y que se encontraba cursando sus estudios en una escuela inglesa, matriculado, incluso para el curso académico siguiente al que no pudo incorporarse al producirse la retención ilícita. Circunstancias, que según el tribunal, hacen que concurra el criterio jurisprudencial de “cierta integración”, pues vivía en Reino Unido con sus progenitores desde septiembre de 2016 y estaba justificado el regreso que no permitió la madre sustractora a finales de agosto de 2017. Una vez acreditados estos extremos, el juez español concluye que la fecha de alta de empadronamiento del menor en Palencia -después de su salida de Reino Unido- resulta irrelevante a efectos de determinar un cambio efectivo de residencia, que ni siquiera podría determinarse en aplicación de la normativa interna española por tratarse, como se ha mencionado, de un concepto autónomo.

II. La residencia habitual del menor en la sustracción internacional de menores

1. Introducción

11. Como es bien sabido, la regulación de la sustracción internacional de menores se articula desde el Derecho internacional privado, en sede de cooperación judicial internacional y mediante un marco regulador poliédrico, a través del retorno inmediato del menor que establece el *Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*¹⁵. Este instrumento tiene una operatividad en términos de complementariedad con otros existentes¹⁶. Así, esta interacción incluye al Reglamento 2201/2003, *Bruselas II bis*, en relación con los traslados o retenciones considerados como ilícitos¹⁷ denominados *intracomunitarios* -esto es, los efectuados entre Estados de la UE afectados por el Reglamento- y el *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, sobre 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*¹⁸. Además, en España, estos procedimientos deben tramitarse según

¹⁵ El Convenio de la Haya de 1980, *cit. supra*, entró en vigor el 1 de diciembre de 1983 y para España el 1 de noviembre de 1987 y a fecha de 1 de agosto de 2017 cuenta con 99 Estados parte del mismo. *Vid.* <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, consultado a 8 de enero de 2019.

¹⁶ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018, p. 354.

¹⁷ El carácter ilícito del traslado o la retención se establece según el concepto del art. 2.11 del Reglamento *Bruselas II bis*, en la línea del contenido en el art. 3 del CH 1980. Básicamente, consiste en el traslado o la retención ilícita de un menor por parte de uno de sus progenitores fuera del país donde reside habitualmente, impidiendo con ello el ejercicio del derecho de custodia o de visita del otro progenitor, que estaba siendo ejercido efectivamente antes de ese traslado o retención. En este sentido, *vid.* la sentencia del TJUE, de 9 de octubre de 2014, en el Asunto C-376/14, *Mercredi*. *Vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, pp. 5-22.

¹⁸ El *Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, sobre 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* (Instrumento de ratificación publicado en BOE, 2 de diciembre de 2010, núm. 291, pp. 99837-99868), entró en vigor de forma general el 1 de enero de 2002 y para España el 1 de enero de 2011, según el artículo 61.2.a). Instrumento de ratificación publicado en BOE, 2 de diciembre de 2010, núm. 291, pp. 99837-99868. A fecha de 12 de septiembre de 2018, cuenta con 49 Partes contratantes, *vid.* el estado de participación en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>, consultado a 8 de enero de 2019. Este Convenio de la Conferencia de la Haya no contiene cláusula de adhesión para la Unión Europea, por lo que los Estados miembros debían ratificar el Convenio en nombre propio y de la Unión Europea, sobre estas circunstancias, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado comunitario”, A.M. BADÍA Y OTROS, *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*, Madrid, 2009, Vol. II, pp. 853 y ss., *vid.*, sobre

lo establecido en el *Capítulo IV bis* de la *Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*¹⁹, bajo la rúbrica “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional”, en el artículo 778 *quáter, quinquies* y *sexties*. La LEC, básicamente, dota de carácter contencioso al procedimiento que con anterioridad era voluntario y añade medidas procesales tendentes a la rapidez del procedimiento y la especialización de la jurisdicción. A tal efecto, se prevé el carácter urgente y preferente del mismo, con un plazo máximo de seis semanas y otros plazos expeditivos. También cabe destacar especialmente, la garantía de la audiencia del menor²⁰ y la importancia de la cooperación judicial, concretamente, de las comunicaciones directas entre autoridades²¹. Finalmente, resulta de gran importancia la concentración de la competencia en los Juzgados de primera instancia de familia de la circunscripción del menor objeto de traslado.

2. La residencia habitual del menor como criterio central

12. Bajo este contexto regulador, el criterio clave para la determinación de la competencia judicial internacional es la residencia habitual del menor²². Con la particularidad de que, en ninguno de estos instrumentos, ni en otros relacionados, sobre Derecho de familia, se establece un concepto de residencia habitual. Razón por la que, en aras a la aplicación uniforme de la normativa de la UE debe procederse a su interpretación autónoma, sin remisión al Derecho interno de los Estados miembros. De modo que la concreción de la residencia habitual del menor en estos casos no corresponde realizarla al hilo de lo establecido en los artículos 40 y ss. del Código civil español, que resultan irrelevantes en caso de aplicación del Reglamento *Bruselas II bis*²³. Complejidad que se añade a las dificultades que puede suponer su determinación en la práctica, especialmente delicada, cuando se refiere a menores, que impide que las concreciones en otros ámbitos sean extrapolables a éste, tal y como ha señalado el TJUE²⁴.

todo, P. LAGARDE, *Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños*, Procedimientos de la Decimotercera Sesión (1996), Tomo II, Protección de Menores, La Haya, SDU, 1998, pp. 535-605 y la *Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 19 de octubre de 1996*, 2017, disponible en www.hcch.net, consultado a 8 de enero de 2019. Conviene señalar que deben considerarse las medidas urgentes de protección de menores que prevé este Convenio, siempre, claro está, de que se trate de Estados parte. Este Convenio de la Haya de 1996 *complementa y refuerza* al Convenio de la Haya de 1980 (*Vid. el Proyecto de la Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13 (1) (b) del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de la Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños*, de octubre de 2017, 28 pp., p.5 y el *Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de la Conferencia de Haya*, 2014, disponible en www.hcch.net). Esta complementariedad puede darse desde diferentes perspectivas y *puede facilitar* la restitución segura del niño cuando se ha opuesto la excepción de *grave riesgo*. (*Vid. el Proyecto de la Guía de Buenas...*, op. cit., esp. considerando 22 de la p. 5).

¹⁹ Capítulo introducido por la Disposición Final tercera, párrafo 10, de la *Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria* (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, con corrección de errores en BOE, núm. 210, de 2 de septiembre de 2015).

²⁰ En relación con la audiencia del menor, *vid.* el artículo 778 *quinquies* 8 de la LEC.

²¹ En efecto, el artículo 778 *quáter*, en el párrafo 7, de la LEC refiere específicamente el auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace. En este sentido, *vid.* la *Red Internacional de Jueces de La Haya* (RIJH) -www.hcch.net- y la *Red Judicial Europea en materia civil y mercantil* (<https://e-justice.europa.eu>).

²² Sobre esta materia, *vid.* a modo de ejemplo en la jurisprudencia española, el auto de la AP de Barcelona, de 14 de diciembre de 2017, el auto de la AP Palma de Mallorca, de 20 de diciembre de 2017 y la sentencia de la AP San Sebastián, de 26 de febrero de 2018.

²³ En este sentido, “(S)egún jurisprudencia reiterada, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Comunidad europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, *Ekro*, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11, y de 6 de marzo de 2008, *Nordania Finans* y *BG Factoring*, C98/07, Rec. p. I1281, apartado 17)” (Considerando 34 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *A.*). Asimismo, *vid.* la sentencia del TS, de 21 de noviembre de 2017 (Roj. STS 4143/2017).

²⁴ En efecto, El TJUE afirma que “(L)a jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea (véanse, en particular, las sentencias de 15 de septiembre de 1994, *Magdalena Fernández/Comisión*, C452/93 P, Rec. p. I4295, apartado 22; de 11 de noviembre de 2004, *Adanez-Vega*, C372/02, Rec. p. I10761, apartado 37, y de 17 de julio de 2008, *Kozłowski*, C66/08, Rec. p. I0000), no puede trasladarse directamente al marco

13. Concretamente, para los casos de sustracción de menores, el artículo 10 del Reglamento *Bruselas II bis* establece que “(E)n caso de traslado o retención ilícitos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que resida habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos, conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro”. Para lo que añade una serie de requisitos (entre otros, referidos al plazo de residencia del menor de un año en el Estado de traslado o retención -en lo que se denomina como *prorogatio fori* limitada-). Así el precepto establece que “a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i), iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”.

14. Asimismo debe considerarse lo establecido en el artículo 11 en relación con la restitución del menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. En este sentido y, aunque excede del objeto de análisis, con respecto al carácter ilícito del traslado o la retención, conviene señalar que hace referencia al traslado o a la retención de un menor que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. En consecuencia, en el marco de la apreciación de una demanda de restitución, la determinación del lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado²⁵.

15. Así pues, la determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de traslado o retención ilícitos de menores y sus posibles modificaciones (residencia habitual provisional o adquisición de una nueva residencia habitual) marcan el eje gravitatorio del retorno inmediato del menor. Y ello teniendo en cuenta que posiblemente se está desarrollando un proceso principal que será el que resuelva sobre el fondo del asunto -la custodia-. Y ello con ciertas matizaciones, por cuanto conviene señalar el distinto enfoque que tiene la *integración del menor* en el nuevo medio bajo el marco del Reglamento *Bruselas II bis*, por comparación con el Convenio de la Haya de 1980. Así, la integración del menor, no se configura como un motivo de denegación de la restitución, sino como un criterio de competencia judicial internacional sobre la cuestión de fondo del litigio²⁶. En este sentido, el TC español se ha pronunciado señalando la importancia de este extremo al afirmar que la integración del menor “constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata

de la apreciación de la residencia habitual de los menores” (*Vid.* el Considerando 36 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, *A.*).

²⁵ *Vid.* los considerandos 36 y 53 de la sentencia del TJUE, de 8 de junio de 2017, en el asunto C-111/17, *PPU, OL y PQ*.

²⁶ En este sentido, *vid.* H. FULCHIRON, “La lutte contre les enlèvements d’enfants” en H. FULCHIRON/C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 230 y C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *CDT*, octubre 2016, Vol. 8, nº 2, pp. 79-91, esp. p. 88.

restitución”²⁷. Básicamente y tras lo expuesto, en tanto en cuanto la competencia judicial internacional se atribuye en el Reglamento *Bruselas II bis* de manera excepcional en los casos de sustracción internacional de menores a los tribunales del lugar de la sustracción, la apreciación de la integración del menor corresponde al juez competente sobre el fondo del asunto, que es el juez de origen. Por lo que si no se cumplen los requisitos del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, será este último juez, el que apreciará la integración del menor en el nuevo medio en el curso de un litigio principal sobre la custodia.

III. La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor

1. La residencia habitual del menor en el Convenio de la Haya de 1980 y en el Reglamento *Bruselas II bis*

16. Desde la perspectiva de los Convenios de la Haya sobre menores más recientes, la utilización de la residencia habitual del menor es un elemento común. Es cierto que ninguno de estos Convenios contiene una definición de este criterio, por lo que deberá ser determinada por las autoridades competentes según una serie de circunstancias fácticas. De suerte que se trata de un concepto autónomo y “debe interpretarse a la luz de los objetivos del Convenio en lugar de en virtud de las restricciones del Derecho interno”²⁸. La interpretación concepto de residencia habitual del menor ha ido acrecentando su carácter problemático en la práctica reciente, sobre todo, por las diferencias existentes en las interpretaciones de los distintos Estados parte, que llevan a configurarlo como un criterio más flexible, o de mayor rigidez si se centra en la residencia a largo plazo²⁹. Las diferentes tendencias jurisprudenciales para la determinación de la residencia habitual suelen centrarse, mayoritariamente, en la consideración de la cuestión como fáctica según las circunstancias de cada caso y a la luz de la realidad de la vida del menor. Si bien existen otras líneas que llevan a considerar como cuestión central la intención de los padres, o también, un enfoque que combina la conexión del menor con la intencionalidad de los progenitores³⁰.

17. En definitiva, la interpretación autónoma de la residencia habitual del menor debe, pues, realizarse en atención al contexto de la disposición y al objetivo de la normativa donde se inserta. Y para ello también resultan clave los criterios interpretativos establecidos por la jurisprudencia del TJUE, a los que se remiten expresamente los propios materiales de la Conferencia de la Haya³¹. Razón por la que conviene partir de lo establecido en los Considerandos 12 y 13 del Reglamento *Bruselas II bis*:

«(12) Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.

(13) Para atender al interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. [...]»

²⁷ Vid. la sentencia del TC, de 1 de febrero de 2016 (RTC/2016/16).

²⁸ Vid. *Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*, párrafo 13.83, disponible en la página web de la Conferencia de la Haya en www.hchc.net (consultado 10 de enero de 2019).

²⁹ Vid. P. McLEAVY, *INCADAT-Comentario sobre el Análisis de Jurisprudencia: Residencia habitual*, disponible en la página web de la Conferencia de La Haya en www.hchc.net (consultado 10 de enero de 2019).

³⁰ Vid. R. Schuz, “Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention: Theory and Practice”, *Theory and Practice, Child and Family Quarterly*, vol. 13, 1, 2001.

³¹ Vid. la *Nota explicativa sobre...*, *op. cit.*, nota 5, p. 1, disponible en la página web de la Conferencia de la Haya en www.hchc.net (consultado 10 de enero de 2019).

18. En este sentido, el principio marco para la determinación de la residencia habitual del menor es el interés superior del menor, que, obviamente, presenta aspectos de orden público. La consecución de este objetivo se manifiesta a través del principio de proximidad, que responde de manera más veraz a la realidad fáctica y cotidiana del menor y *que permite al* órgano jurisdiccional más próximo y que mejor conoce su situación y estado de desarrollo, tomar las medidas necesarias³². Uno de los elementos que ha reseñado el TJUE en su jurisprudencia es el relativo a que el menor tenga “cierta integración” en un entorno social y familiar³³.

19. Además, existe una regla subsidiaria presente en el artículo 13.1 del Reglamento *Bruselas II bis* que establece que cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor³⁴. Así, la presencia del menor en un determinado territorio se presenta como un criterio de proximidad para el caso en el que el juez nacional no pueda determinar la residencia habitual del menor. Este precepto ha sido interpretado por el TJUE en el sentido en el que la mera presencia física del menor en un Estado miembro no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor y que la residencia habitual del menor debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso³⁵.

2. La interpretación del concepto autónomo en la jurisprudencia del TJUE

20. Una vez derivados estos extremos de la normativa, conviene añadir lo que establece el TJUE, a través de su jurisprudencia, en relación con la determinación de la residencia habitual del menor. Si bien estas consideraciones refieren específicamente a su concreción en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento *Bruselas II bis*, lo cierto es que son operativas por aplicación analógica en los casos de sustracción internacional de menores, tal y como lo ha interpretado el TJUE³⁶.

21. Así, el TJUE afirma que, mediante una evaluación de conjunto, compete a los órganos jurisdiccionales estatales determinar el lugar de residencia habitual de los menores a la luz de los siguientes criterios³⁷:

a.- Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar.

b.- En particular han de tenerse en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado.

³² Vid. la sentencia del TS, de 19 de julio de 2018 (Roj. STS 2832/2018).

³³ Vid. la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A.

³⁴ En este sentido, el artículo 13.1 refiere expresamente a *que no se pueda determinar la residencia habitual del menor y no pueda determinarse* (reiteración literal) la competencia sobre la base del artículo 12. Sin embargo, el hecho de que el párrafo segundo de este precepto extienda su aplicación a los supuestos de menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país, convierte en razonable su aplicación analógica a los supuestos de sustracción internacional de menores, como así lo ha refrendado el TJUE (*vid.* la sentencia del TJUE, de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-497/10, *Mercredi*).

³⁵ Vid. los Considerandos 33 y 37, respectivamente, de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A.

³⁶ Vid. la sentencia del TJUE, de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-497/10, *Mercredi* y la sentencia del TJUE, de 8 de junio de 2017, en el asunto C-111/17, *PPU, OL y PQ*.

³⁷ Básicamente, se reproducen casi literalmente los considerandos 38 a 41 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A, por cuanto en propio TJUE afirma que “(A) la luz de los criterios expuestos en los apartados 38 a 41 de la presente sentencia y según una evaluación de conjunto, compete a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar el lugar de residencia habitual de los menores” *vid.* el Considerando 42 de la sentencia del TJUE, de 2 de abril de 2009, en el asunto C-523/07, A.

c. (...) (L)a intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual. Otro indicio puede estar constituido por la solicitud de una vivienda social presentada ante los servicios competentes del referido Estado.

d. Por el contrario, el hecho de que los menores permanezcan en un Estado miembro en el que llevan una vida errante durante un corto período de tiempo puede ser un indicio de que los menores no tienen su residencia habitual en ese Estado.

22. Junto a estos criterios, conviene hacer referencia a una situación que puede concurrir de manera frecuente en los supuestos de sustracción internacional de menores y que se concreta en el carácter temporal o provisional de la presencia del menor en el territorio de un determinado Estado. Y ello porque la provisionalidad de la estancia del menor en un determinado territorio no favorece la determinación de la residencia habitual del menor. Por esta razón, en estos casos, deben ponderarse el conjunto de circunstancias concretas y no computar el tiempo de estancia del menor que pudiera beneficiar al progenitor sustractor. Del mismo modo, el carácter provisional del traslado de un menor no puede configurarse como un elemento concluyente para considerar que se ha producido un cambio en su residencia habitual. Y conviene, además, tener en cuenta otros extremos, como, por ejemplo, la especificidad que puede suponer la determinación de la residencia habitual de un menor de corta edad, como es un lactante. En estos casos, además de los criterios señalados con anterioridad, también se han tenido en cuenta los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales de la madre y el menor³⁸.

23. Recientemente el TJUE ha interpretado el concepto de residencia habitual en relación específicamente con el artículo 11.2 del Reglamento *Bruselas II bis*. Y ello porque se erige como un criterio clave para apreciar si una demanda de restitución es fundada, ya que esta únicamente podrá prosperar si, inmediatamente antes del traslado o de la retención, el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro al que se solicita su restitución. Y dado, como hemos visto, que un procedimiento de restitución es, por naturaleza, un procedimiento expeditivo, que tiene por objeto restituir el *statu quo ante* y siendo que el concepto de residencia habitual, en el sentido del Reglamento *Bruselas II bis*, debe interpretarse en función del interés superior del menor, lo que impide que la intencionalidad de los padres pueda constituir por sí solo el criterio de determinación de la residencia habitual y por ende la consideración del traslado o la retención como ilícitos. Razón por la que, en este caso concreto, en tanto en cuanto no se puede determinar la residencia habitual del menor por la aceptación del criterio de la intencionalidad de los padres, el traslado o la retención posterior, no resulta, por ende, ilícita³⁹.

V. Conclusiones

24. La regulación de la sustracción internacional de menores cuenta con un marco normativo poliédrico que conjuga la interacción entre los regímenes convencional, institucional y estatal de modo complementario. El retorno inmediato del menor que introduce el Convenio de la Haya de 1980 y que actualmente cuenta con 99 Estados parte, requiere de las medidas de protección del Convenio de la Haya de 1996 y se canaliza por los procedimientos internos de cada Estado parte (la LEC en España) y, en caso de que el traslado o la retención sean *intracomunitarios*, se añade lo establecido a tal efecto por el

³⁸ Vid. la sentencia del TJUE, de 9 de octubre de 2014, en el asunto C-376/14 PPU, C y M.

³⁹ Concretamente, en este supuesto se trataba de un menor que *ha nacido y permanecido con su madre de manera ininterrumpida durante varios meses, por voluntad común de sus progenitores, en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor, la intención inicial de los progenitores en cuanto al regreso de la madre con el menor a este último Estado miembro no permite considerar que ese menor tiene en dicho Estado miembro su «residencia habitual», en el sentido del citado Reglamento. En consecuencia, en tal situación, la negativa de la madre a regresar a ese mismo Estado miembro con el menor no puede considerarse «traslado o retención ilícitos» del menor, en el sentido del citado artículo 11, apartado 1 (vid. el considerando 70 de la sentencia del TJUE, de 8 de junio de 2017, en el asunto C-111/17, PPU, OL y PQ).*

Reglamento *Bruselas II bis*. Bajo este contexto, la residencia habitual del menor es el eje gravitatorio del sistema que decide la competencia judicial internacional, además del carácter lícito o ilícito del traslado o la retención y, en último término, y en función de su concreción o modificación si se producirá finalmente o no el retorno inmediato del menor. Piénsese que este elemento fundamenta la demanda de restitución por cuanto esta solo prosperará si el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos en el Estado donde se presenta.

25. Este marco regulador del retorno del menor en los casos de sustracción internacional de menores no incorpora un concepto de residencia habitual del menor y tampoco remite al Derecho interno de los Estados parte. Razón por la que esta debe establecerse un concepto autónomo de residencia habitual del menor en atención al contexto de las disposiciones y a los objetivos del Reglamento, que, según lo expuesto, conducen a los principios de interés superior del menor y de proximidad para su determinación. Además resultan clave los criterios interpretativos del TJUE, que si bien no permiten extrapolar los elementos de concreción establecidos en otros sectores del Derecho, sí que abogan por una interpretación uniforme del concepto de residencia habitual del menor en el Reglamento *Bruselas II bis*. Ello supone la aplicación de los criterios interpretativos de los artículos 8 y 10 del Reglamento en materia de competencia judicial internacional, al artículo 11.1 en materia de retorno inmediato del menor.

26. En definitiva y con carácter general, el TJUE, que opta por una posición *puerocentrista*, configura la interpretación autónoma de la residencia habitual del menor como una cuestión fáctica que se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. De suerte que son competentes los órganos jurisdiccionales nacionales determinar ese lugar teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso. Para ello, y junto a la presencia física del menor en un Estado miembro -que es necesaria pero no basta por sí sola-, deben tenerse en cuenta otros factores para determinar que dicha presencia del menor no tiene carácter temporal u ocasional sino que es valedora de la citada integración en un entorno social y familiar. Otro elemento que ha sido discutido es el relativo a la intención de los padres, sobre todo por lo que afecta a menores de corta edad. Esta circunstancia no puede, por sí sola, resultar determinante en la concreción de la residencia habitual de un menor, pero, según el TJUE, constituye un *indicio* que puede completar la consideración de un conjunto de circunstancias en cada caso concreto.

27. Finalmente, no pueden perderse de vista algunos aspectos en atención a las especificidades propias de los supuestos relativos al retorno inmediato de los menores que afectan a la determinación de la residencia habitual del menor y en los que incide el TJUE. Especialmente, en una demanda de restitución, dado su carácter expeditivo, la concreción de esta debe basarse en elementos que puedan comprobarse de manera rápida y fácilmente y, en la medida de lo posible, que sean *unívocos*. Además, precisamente por su naturaleza restitutoria, el retorno pretende devolver al menor al entorno que le es más familiar y, con ello, a restaurar la continuidad de sus condiciones de vida y desarrollo, circunstancias que responden a los principios de proximidad e interés superior del menor. Del mismo modo, el retorno inmediato del menor en el Reglamento *Bruselas II bis* no puede favorecer, a través de la determinación de la residencia habitual del menor, que los progenitores puedan reforzar su posición en cuanto a la cuestión de fondo -la custodia del menor- evitando, la competencia de los órganos jurisdiccionales designados en principio. Teniendo en cuenta que una resolución que resuelva sobre la restitución del menor -positiva o negativamente- no zanja la cuestión de la custodia de éste. En este sentido, el TJUE afirma que la imposibilidad de beneficiarse de un procedimiento de restitución en el litigio principal no obsta para que el padre reclame sus derechos sobre el menor mediante un procedimiento sobre el fondo relativo a la responsabilidad parental, incoado ante los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de él en virtud de lo dispuesto en el Reglamento, y en el que podrá examinarse el conjunto de las circunstancias, incluido el comportamiento de los padres.

28. Así, resulta extremadamente difícil cerrar la concreción de un concepto fáctico modulado por el principio del interés superior del menor que necesariamente debe concretarse *ex casu* en atención

al conjunto de las circunstancias de cada supuesto. Las dificultades que plantean las situaciones que afectan a la responsabilidad parental en los casos de sustracción internacional de menores con o sin la restitución inmediata del menor, exigen un esfuerzo adicional, que sin duda ha realizado el TJUE. En este sentido, el enfoque centrado en el menor y la flexibilización del criterio temporal, así como la utilización de elementos fácticos en una apreciación casuística han resultado las claves para la construcción progresiva de un concepto autónomo de residencia habitual del menor.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR ILÍCITOS ANTITRUST EN EUROPA. COMENTARIO DEL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE MADRID, DE 23 MAYO 2018

THE NON-CONTRACTUAL LIABILITY FROM EUROPEAN ANTITRUST LAW INFRINGEMENTS. COMMENTARY OF DECISION OF COMMERCIAL COURT OF MADRID, OF 23 MAY 2018

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 08.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4664>

Resumen: El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, objeto de comentario en este trabajo, resuelve una declinatoria por falta de jurisdicción en un caso de reclamación de daños por un ilícito antitrust. El comportamiento anticompetitivo del que derivan los perjuicios, que ahora se reclaman, es el conocido como cártel de los camiones, que sancionó la Comisión Europea en el año 2016. Una de las víctimas de ilícito antitrust pide una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el hecho de haber tenido que pagar un sobrepago en la compra de uno o varios camiones objetos del acuerdo colusorio. El Juzgado de lo Mercantil de Madrid rechaza la declinatoria por hallarse el domicilio de la demandada en territorio español.

Palabras clave: aplicación privada del Derecho de la competencia, acciones follow on, cártel de los camiones, indemnización por daños derivados de un ilícito antitrust, foro del lugar del hecho ilícito, foro del lugar del daño.

Abstract: The Decision of Commercial Court of Madrid, object of comment in this paper, resolves a declinatory for lack of jurisdiction in a case of claim of damages from European antitrust law infringement. The anticompetitive behavior from which the damages derive is known as the truck cartel, which was sanctioned by the European Commission in 2016. One of the victims of this behavior seeks compensation for the damages suffered by the fact of having to pay a surcharge in the purchase of one or more trucks that belong to scope of collusive agreement. The Commercial Court of Madrid rejects the declinatory because the defendant's domicile is located in Spanish territory.

Keywords: private enforcement of competition law, follow on actions, cartel of trucks, compensation for damages from European antitrust law infringement, forum of place in which the harmful event occurred, forum of place of damage.

Sumario: I. Introducción; II. Aplicación privada del Derecho europeo de la competencia. 1. Aplicación pública y privada del Derecho europeo de la competencia. 2. Finalidad de ambas acciones. 3. Acciones follow on y acciones stand alone. III. Competencia judicial internacional. 1. Supuestos internacionales. 2. Reglamento 1215/2012. A. Reglamento 1215/2012: foro de sumisión. B. Reglamento 1215/2012: foro general del domicilio del demandado y foro especial por razón de la materia. IV. Bibliografía.

I. Hechos del caso

1. En el Auto a comentar, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid debe resolver si tiene competencia para conocer de una demanda de responsabilidad civil que plantea la empresa Carretillas Barcelona S.L. contra Volvo Group España S.A.U., por el sobrepago pagado por la primera en la compra de un camión vendido por una empresa participante en el denominado cártel de los camiones¹.

2. Las cuestiones que van a ser tratadas en este trabajo son las dos siguientes. En primer lugar, debemos poner en contexto al lector y, para ello, vamos a explicar la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia para regular la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por ilícitos antitrust -el cártel de los camiones en nuestro caso, sancionado por la Comisión en virtud del artículo 101 TFUE²-. En segundo lugar, una vez conocemos que existe esa posibilidad de reclamar daños ante la jurisdicción civil, debemos saber qué órganos jurisdiccionales son los competentes para conocer de estas demandas civiles -competencia judicial internacional-.

II. Aplicación privada del Derecho europeo de la competencia

1. Aplicación pública y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia

3. Las empresas que infringen el Derecho de la competencia pueden ser sancionadas por dos vías, la administrativa y la civil³.

En efecto, por un lado, pueden ser destinatarias de una multa impuesta por el órgano competente en esta materia (arts. 4 y 5 Reglamento 1/2003). Este órgano puede ser la Comisión Europea o la autoridad nacional de competencia correspondiente -en España es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia-. La aplicación del Derecho de la competencia que realiza este órgano administrativo se denomina aplicación pública.

Por otro lado, las víctimas del comportamiento anticompetitivo deben poder ser resarcidas del daño sufrido, por ello, pueden plantear una reclamación de daños y perjuicios para recibir una indemnización en la vía civil (art. 6 y Considerando 7 del Reglamento 1/2003). La autoridad competente en este caso es el órgano jurisdiccional civil correspondiente y la aplicación del Derecho de la competencia que realiza es la aplicación privada. En este proceso de daños, las decisiones firmes de las autoridades nacionales de competencia y de los órganos jurisdiccionales nacionales serán consideradas como prueba irrefutable de la existencia e ilicitud del comportamiento ilícito (art. 9.1 de la Directiva de daños)⁴.

¹ Auto JM Madrid 23 mayo 2018, ECLI:ES:JMM:2018:65A

² Decisión de la Comisión de 19 julio 2016, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 101 del TFUE y del artículo 53 del Acuerdo del EEE (AT.39824 -Trucks), Bruselas, 19 julio 2016, C(2016) 4673 final.

³ *Vid.*, A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, nº 2, 2018, p. 9; J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, CDT, vol. 8, nº 2, 2016, p. 307.

El Reglamento 1/2003 es la norma que introduce la descentralización en la aplicación del Derecho antitrust (Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE nº L1, de 4 enero 2003). Así es, este texto europeo dispone que, frente a la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el artículo 81.3 TCE recogida en el antiguo Reglamento nº 17, las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales serán competentes para aplicar los artículos 81 y 82 TCE -actuales artículos 101 y 102 TFUE- (Reglamento nº 17, de 6 febrero 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DOCE nº 13, de 21 febrero 1962) (*vid.*, en este sentido, M. DANOV/F. BECKER, *Governance Aspects of Cross-Border EU Competition Actions: Theoretical and Practical Challenges*, *Journal of Private International Law*, vol. 10, nº 3, 2014, p. 359). Los órganos jurisdiccionales nacionales, a los que hace referencia el Reglamento 1/2003, en el caso español son los juzgados de lo mercantil, según recoge la Disposición Adicional Primera de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, en relación con el artículo 86. ter 2 letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (Ley 15/2003, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada en el BOE núm. 159, de 4 julio 2007).

⁴ 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, DO L349, de 5 diciembre 2014.

4. La sanción administrativa es independiente de la civil. Tan es así, que es posible que la empresa infractora no tenga que pagar multa alguna y, sin embargo, ello no obsta para que se le pueda exigir responsabilidad civil por su comportamiento⁵. Efectivamente, si la empresa se acoge al Programa de Clemencia de la Unión Europea puede ocurrir que no tenga que pagar la multa impuesta, sin embargo, sí podría ser requerida para que pague la indemnización civil por los daños y perjuicios ocasionados⁶. No obstante lo anterior, la Directiva de daños contempla que los beneficiarios de clemencia no respondan de forma solidaria frente a las víctimas, como sí hacen el resto de infractores del Derecho de la competencia, sino que limiten su responsabilidad civil, con carácter general, sólo a las indemnizaciones a pagar a sus compradores directos e indirectos (art. 11.4)⁷.

En los ordenamientos en los que se exige la culpabilidad de las empresas infractoras para indemnizar el daño, no concurriría este requisito si la entente se acoge a la exención del artículo 101.3 TFUE y no es objeto de sanción⁸. Lo mismo se debe decir cuando las empresas destinatarias de un pliego de cargos de la Comisión, proponen acuerdos para despejar las dudas del órgano europeo sobre la ilicitud de su comportamiento⁹. Tampoco habría culpabilidad si la Comisión acepta esos acuerdos propuestos por las empresas¹⁰.

5. El plazo para iniciar la acción por daños debe ser, al menos, de cinco años; según prescribe la Directiva 2014/104¹¹. La Ley de transposición española de la Directiva, concretamente, recoge ese plazo de 5 años a contar a partir del momento del cese de la infracción y cuando el demandante conozca la existencia del comportamiento anticompetitivo, del daño sufrido y de la identidad del infractor¹².

2. Finalidad de ambas vías de actuación

6. La vía administrativa persigue sancionar a las empresas por el comportamiento ilícito llevado a cabo y disuadir las de que vuelvan a infringir el Derecho de la competencia.

Vid., en este sentido, 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; 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, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 168-169.

⁵ R. GIL NIEVAS, *Litigación civil internacional por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia*, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, nº 4, 2009, p. 145.

⁶ La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel prevé que “la Comisión dispensará del pago de la multa que de otro modo se le hubiera impuesto a toda empresa que revele su participación en un presunto cártel que afecte a la Comunidad cuando sea la primera en facilitar información y elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, permitan a ésta: a) efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cártel o; b) determinar la existencia de una infracción al artículo 81 del Tratado CE en relación con el presunto cártel” (Apartado II, Sección A, punto 8) (DOCE nº C298, de 8 diciembre 2006, pp. 17-22).

⁷ *Vid.*, en este sentido, D. BECKER, *Les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence européen*, *ACE, comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*, nº 2, 2009, p. 28; M. CHAGNY, *L'articulation entre actions privées et actions publiques*, *Revue Lamy de la concurrence*, nº 18, 2009, p. 120.

⁸ M. CHAGNY, *L'articulation entre actions privées et actions publiques*, *Revue Lamy de la concurrence*, nº 18, 2009, p. 120.

⁹ M. CHAGNY, *L'articulation entre actions privées et actions publiques*, *Revue Lamy de la concurrence*, nº 18, 2009, p. 120.

¹⁰ M. CHAGNY, *L'articulation entre actions privées et actions publiques*, *Revue Lamy de la concurrence*, nº 18, 2009, p. 120.

¹¹ 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, vol. 8, nº 1, 2016, p. 170.

¹² Artículo 74 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, modificado por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, BOE núm. 126, de 27 mayo 2017: “1. La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años. 2. El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de las siguientes circunstancias: a) La conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) el perjuicio ocasionado por la citada infracción; y c) la identidad del infractor. 3. El plazo se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma. 4. Asimismo se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia.”

A través de la vía civil se busca, en cambio, el resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas del ilícito antitrust. En efecto, en virtud de la Directiva de daños, la víctima tiene derecho al pleno resarcimiento, lo cual implica que reciba una indemnización que la sitúe en la misma posición que tendría de no haberse llevado a cabo el comportamiento ilícito (art. 3). Esto es, el pleno resarcimiento supone compensar el daño emergente y el lucro cesante, más los intereses devengados¹³.

7. Como acabamos de mencionar, la aplicación pública del Derecho de la competencia tiene como objetivo, entre otros, disuadir a las empresas de volver a infringir el Derecho antitrust. Sin embargo, desde el momento en que las Directrices europeas para el cálculo de las multas fijan el máximo de las mismas en el 10% del volumen de negocio de la empresa en el ejercicio anterior, dicho efecto disuasorio puede no concurrir en muchos casos¹⁴.

En la vía civil, a través del resarcimiento de daños y perjuicios, en cambio, no hay ningún límite máximo en la cuantía de la indemnización. Además, como ya se ha mencionado, las empresas infractoras del Derecho de la competencia responden en régimen de solidaridad, por lo tanto, la víctima puede reclamar los daños a cualquiera de ellas, sin importar que la demandada sea la empresa que le ha infligido el daño o sea otra participante en el cártel (art. 11 de la Directiva de daños).

Por todo lo dicho anteriormente, la esperanza del efecto disuasorio se encuentra en la vía civil, en la indemnización por los daños sufridos que deben pagar las empresas infractoras del Derecho *antitrust*¹⁵.

8. La responsabilidad conjunta y solidaria frente a las víctimas tiene una excepción, que ya se ha mencionado anteriormente. Efectivamente, cuando la autoridad administrativa haya actuado por la información facilitada por una de las empresas infractoras del Derecho de la competencia, esto es, cuando haya alguna compañía que se haya beneficiado del programa de clemencia por haber proporcionado información relevante del comportamiento ilícito y, así, haber obtenido una reducción en la multa o, incluso, la total inmunidad, esta empresa no va a responder de forma solidaria con las demás. Así es, para favorecer la delación y el conocimiento por parte de la autoridad administrativa de la existencia de comportamientos lesivos de la competencia y, así, poder reprimirlos, el legislador europeo recoge que las empresas que se acojan al programa de clemencia sólo respondan por los daños efectivamente realizados por ellas¹⁶.

En el caso del Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid que estamos comentando, la investigación de la Comisión Europea se inició por la información recibida de MAN. Esta empresa se acogió al programa de clemencia y consiguió la inmunidad, esto es, el 100% de reducción de la multa por la información facilitada. Volvo-Renault obtuvo el 40% de reducción, Daimler-Mercedes el 30% e Iveco el 10%. El porcentaje aplicado depende de la relevancia de la información suministrada al órgano de competencia.

¹³ 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, vol. 8, nº 1, 2016, p. 172.

¹⁴ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003, DO C210, de 1 septiembre 2006. Punto 32: “*Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1/2003*”.

¹⁵ *Vid.*, en este sentido, C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 645.

¹⁶ 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, vol. 8, nº 1, 2016, p. 171.

En concreto, según el artículo 11.4 de la Directiva de daños, “*Como excepción al apartado 1, los Estados miembros velarán por que un beneficiario de clemencia sea responsable: a) ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia. [...]*”.

Algunos autores consideran que habría sido mejor que la Directiva hubiera regulado la inmunidad o reducción de la cuantía a pagar por los daños, de las empresas infractoras beneficiarias del programa de clemencia (P. KIRST/R. VAN DEN BERGH, *The European Directive on damages actions: a missed opportunity to reconcile compensation of victims and leniency incentives*, *Journal of Competition Law & Economics*, nº 1, 2016, pp. 17 y ss).

3. Acciones *follow on* y acciones *stand alone*

9. En este caso del Juzgado de lo Mercantil, la Comisión Europea se ocupó de la aplicación pública del Derecho de la competencia. En su Decisión consideró que cinco empresas fabricantes de camiones -DAF, MAN, Daimler-Mercedes, Volvo-Renault e Iveco- habían llevado a cabo un acuerdo colusorio en virtud del cual habían pactado no competir entre ellas en el Espacio Económico Europeo desde el año 1997 hasta el año 2011¹⁷. Durante esos 14 años elevaron el precio de sus camiones de forma artificial y perjudicaron a los compradores, que tuvieron que pagar un sobreprecio que no tendrían que haber abonado de no haber llegado los fabricantes de camiones a ese acuerdo ilícito.

10. La acción interpuesta ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid es una acción *follow on*. Así es, cuando se trata de la aplicación privada del Derecho de la competencia podemos hablar de dos tipos de acciones, las *follow on* y las *stand alone*¹⁸. Las primeras son aquellas que se plantean ante la jurisdicción civil después de que la autoridad administrativa se haya pronunciado calificando como ilícito el comportamiento anticompetitivo llevado a cabo. Las acciones *stand alone* son las que se inician sin que haya todavía ningún pronunciamiento administrativo en relación con el comportamiento antitrust. Respecto de estas últimas, acudiendo a las normas de producción interna españolas, lo primero que comprobamos es que, si bien la derogada Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia sí prescribía la necesidad de que existiera un pronunciamiento administrativo previo sobre la ilicitud del comportamiento causante del daño, la actual Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, no recoge nada sobre el particular¹⁹. Por lo tanto, se confirma que es posible, como ya hemos adelantado, que se inicie un proceso de reclamación de daños sin que haya habido un pronunciamiento en relación con la infracción del Derecho de la competencia.

11. En la práctica de los tribunales, son muchas más las acciones *follow-on* que las *stand alone*²⁰. Entre otras razones, por la dificultad que plantea la prueba de los hechos contrarios al Derecho antitrust en estas últimas²¹. Esto es, en este tipo de acciones, la víctima debe probarlo todo, el hecho ilícito -el comportamiento anticompetitivo-, el daño sufrido y la relación de causalidad. Sin embargo, cuando se trata de acciones *follow on*, el demandante sólo tiene que probar su daño, ya que, por un lado, el hecho ilícito ya estará demostrado en la resolución administrativa y, por otro, la relación de causalidad se presume. Así es, en relación con esto último, la Directiva de daños establece la presunción de que los cárteles causan daños y perjuicios e invierte la carga de la prueba al estipular que será el infractor el que rebata lo anterior (art. 17.2).

¹⁷ Decisión de la Comisión de 19 julio 2016, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 101 del TFUE y del artículo 53 del Acuerdo del EEE (AT.39824 -Trucks), Bruselas, 19 julio 2016, C(2016) 4673 final.

¹⁸ J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, CDT, vol. 8, nº 2, 2016, p. 309.

¹⁹ Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 julio 2007.

Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 170, de 18 julio 1989. Artículo 13: “1. Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada paso procedan. 2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles.”

²⁰ Vid., F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Towards a European Tort Law? Damages actions for breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?*, *European Review of Private Law*, vol. 16, núm. 3-2008, pp. 479-480; J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, CDT, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 309.

²¹ Vid., R. GIL NIEVAS, *Litigación civil*, cit., p. 160. En cuanto a la dificultad probatoria en los procesos de Derecho de la competencia, vid., entre otros, B. CAVALLONE, “Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problema dell’istruzione probatoria”, en F. ROSSI DAL POZZO/B. NASCIBENE (eds.), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 31-39; B. BUTTAZZI, “Il libro bianco 2008 della Commissione europea: un passo avanti per le azioni di risarcimento antitrust?”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXIII, 3, 2009, pp. 1087-1090; R. BECKER/N. BESSOT/E. DE SMIJTER, “The White Paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules”, en C. GHEUR/N. PETIT (eds.), *Alternative enforcement techniques in EC Competition Law*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 22. En relación a los procesos de abuso de posición de dominio, vid., E. BRODI, “Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante”, *R. soc.*, 53, 6, 2008, pp. 1440-1486.

Las acciones *stand alone* han quedado, por tanto, para “casos en los que la víctima y el infractor mantienen una relación directa, probablemente contractual, y en los que se encuentran involucrados sustanciales intereses económicos”²².

III. Competencia judicial internacional en las acciones por daños

1. Supuestos internacionales

12. Como ya sabemos, por lo explicado hasta ahora, la aplicación privada del Derecho de la competencia la realizan los órganos jurisdiccionales nacionales. No obstante, en supuestos de ilícitos antitrust internacionales, esto es, en la mayoría de los casos de infracción del Derecho europeo de la competencia, cabría preguntarse inmediatamente, qué Estado es aquel en el que se encuentran los jueces competentes para conocer de una demanda de reclamación de daños en este marco.

13. Las acciones por daños derivados de ilícitos antitrust, normalmente, son internacionales. Así es, lo habitual es que en ellas haya algún elemento de extranjería. En un mundo globalizado, como es en el que nos encontramos, y con los avances tecnológicos de los que nos estamos beneficiando, es fácil encontrar ilícitos antitrust internacionales y relaciones de daños derivados de ellos, también, de carácter internacional²³.

El caso comentado es un claro ejemplo de un ilícito antitrust internacional con consecuencias civiles internacionales. En efecto, el cártel de los camiones es un acuerdo entre cinco empresas de diferentes nacionalidades y domicilios, que actuó en todo el Espacio Económico Europeo y que ha generado daños a clientes de distintas nacionalidades y domicilios.

14. En nuestro supuesto, la víctima tiene su domicilio en España -Carretillas Barcelona S.A.-, el demandado es una entidad con domicilio social en España, según consta en el Auto - Volvo Group España S.A.U.-, el hecho ilícito se ha verificado en Europa -más adelante intentaremos identificar el lugar concreto- y el daño en España. El elemento de extranjería es, por tanto, el hecho ilícito -el cártel de los camiones- del que deriva el daño.

15. Teniendo en cuenta la identidad del demandado es importante destacar un aspecto al que hace referencia el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, cual es, a quién puede reclamar la víctima la indemnización por los daños sufridos -legitimación pasiva-.

El Auto recoge que el demandado alega que no es una de las empresas que aparece en la Decisión de la Comisión como destinatarias de la multa por la infracción del Derecho europeo de la competencia. Efectivamente, Volvo Group España S.A.U. no es una de las compañías a las que sanciona el órgano europeo de competencia. Las entidades del Grupo Volvo-Renault que aparecen en la Decisión son las siguientes: AB Volvo (publ), Volvo Lastvagnar AB, Renault Trucks SAS y Volvo Group Trucks Central Europe GmbH. Por tanto, habría que plantearse cuál es la legitimación pasiva en estos casos de reclamación de daños por ilícitos antitrust. Esto es, si, por ejemplo, se podría alegar la doctrina del levantamiento del velo en estos supuestos para demandar solamente a los verdaderos responsables del ilícito antitrust o si, por el contrario, se podría demandar a filiales infractoras aún cuando realmente no tengan independencia y se encuentren controladas por la matriz.

En este sentido la doctrina se encuentra muy dividida²⁴. Sin embargo, cuando la Directiva de daños define al *infractor* diciendo que es la empresa que ha cometido una infracción del Derecho de la

²² F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Towards a European Tort Law? Damages actions for breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?*, *European Review of Private Law*, vol. 16, núm. 3-2008, p. 480.

²³ C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, *AEDIP*, t. XVI, 2016, p. 645.

²⁴ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 130 y ss.

competencia (art. 2.2), podría interpretarse en este marco que se deben reclamar los daños y perjuicios sufridos al *infractor*, esto es, a la empresa que sea la autora/responsable de la infracción²⁵. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en casos como Akzo o Siemens Österreich, apoya esta opinión, si bien, en estos asuntos se trataba de la aplicación pública del Derecho de la competencia y, por ende, de la responsabilidad del grupo a estos efectos²⁶.

16. Lo que podría presumirse en nuestro caso es que Volvo Group España puede ser la filial española de alguna de las entidades multadas por la Comisión. No podría considerarse que se trata de una sucursal porque el Auto indica que tiene domicilio y que se encuentra en España. Las sucursales, agencias u otros establecimientos secundarios no tienen domicilio propio, al ser dependientes de la matriz su domicilio es el de la matriz, forman parte de ella.

Si se tratara de una filial, el Juzgado de lo Mercantil estaría permitiendo demandar, ante los tribunales de su domicilio, a una entidad que no es la responsable del comportamiento antitrust puesto que no es la destinataria de la multa administrativa. No está, por tanto, siguiendo la doctrina de la unidad económica de la aplicación pública del Derecho de la competencia y está aplicando el artículo 4 del Reglamento 1215/2015 en estado puro, tratando a cada persona jurídica como *potenciales demandados separados*, sin tener en cuenta, por tanto, los vínculos económicos y jurídicos y la relación de dependencia y control que les puedan unir²⁷.

2. Reglamento 1215/2012

17. En el caso del Auto comentado, el Reglamento 1215/2012 es la norma aplicable para determinar la competencia judicial internacional en relación con la demanda de daños planteada²⁸. En efecto, esta norma se aplica a la materia civil y mercantil, y las reclamaciones de daños por ilícitos antitrust son calificadas como cuestiones civiles y mercantiles a estos efectos²⁹.

18. Según este texto europeo, son tres los foros que pueden utilizarse para dar competencia en este tipo de reclamación. En primer lugar habrá que tener en cuenta el foro de sumisión. En segundo lugar, en defecto del anterior, podrían aplicarse el foro general del domicilio del demandado y foro especial por razón de la materia³⁰.

²⁵ C. 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 Tribunal de Justicia "CDC"*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 87. *Vid.*, en este sentido, también, F.C. HAUS/S.E. ERNE, *Transnational Indemnification Claims in national cartel cases*, NZKart, vol. 16, nº 8, 2016, p. 512.

²⁶ STJUE de 27 abril 2017, Akzo, C-516/15P, ECLI:EU:C:2017:314, apartados 60 y 61; STJUE de 10 abril 2014, Siemens Österreich, C-231/11P y C-233/11P, ECLI:EU:C:2014:256, apartado 45. En este último caso, el Tribunal de Justicia afirma que "Así pues, de reiterada jurisprudencia resulta que el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular; cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véase, en particular, la sentencia Comisión/Stichting Administratiekantoor Portielje, antes citada, apartado 38 y jurisprudencia citada)." (apartado 46).

²⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, nº 2, 2018, p. 73

²⁸ C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europa la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 645; F.C. HAUS/S.E. ERNE, *Transnational Indemnification Claims in national cartel cases*, NZKart, vol. 16, nº 8, 2016, p. 512.

Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L351, de 20 diciembre 2012.

²⁹ STJUE 23 octubre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-302/13, ECLI:EU:C:2018:533, apartado 38.

A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, nº 2, 2018, p. 42.

³⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, *International jurisdiction in damages actions for breach of antitrust law, La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, 2011, pp. 603-634; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 43 y ss.

A. Reglamento 1215/2012: foro de sumisión

19. Foro de sumisión expresa (art. 25). En primer lugar, hay que tener en cuenta la posible sumisión de las partes, la empresa infractora y la víctima del daño, a determinados tribunales europeos³¹. Esta sumisión puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando las partes lo hayan pactado expresamente (art. 25). Será tácita cuando pueda deducirse del comportamiento de las mismas (art. 26). En ambos casos, el legislador hace prevalecer la voluntad de las partes y, así, les ofrece seguridad jurídica³².

Es claro que es posible la sumisión en litigios de daños que surgen de ilícitos antitrust, sin embargo, los autores observan varios escenarios en los que puede existir tensión entre la admisibilidad de estos acuerdos atributivos de competencia y el principio de aplicación efectiva del Derecho de la competencia en la Unión Europea³³.

20. A través del foro de sumisión, como acaba de mencionarse, 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 ellas. El elemento fundamental que justifica la competencia de los tribunales escogidos por las partes es el consentimiento, emitido de forma válida, por ellas³⁴. Nadie puede ser llevado ante una jurisdicción incompetente sin su consentimiento.

21. Según el artículo 25 del Reglamento, el acuerdo de sumisión puede adoptar cualquiera de las tres formas recogidas en el precepto. 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.

22. La sumisión puede realizarse a los tribunales de un Estado miembro en general, o a un concreto tribunal de un Estado europeo. En consecuencia, es un foro de competencia judicial internacional y de competencia judicial interna.

Puede acordarse antes del surgimiento del litigio entre las partes, circunstancia que es la más normal, pero también puede pactarse cuando ya existe la controversia entre ellas. Por otro lado, no es válido el acuerdo si no se concreta a las disputas que puedan surgir de una determinada relación jurídica de las partes; no se puede realizar un acuerdo de sumisión global, sin circunscribirlo a una concreta relación jurídica³⁵.

³¹ STJUE 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, apartado 62. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia afirma que es posible la sumisión en este marco de reclamación de daños por ilícitos antitrust. *Vid.*, en este sentido, C. 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 Tribunal de Justicia "CDC"*, AEDIP, t. XVI, 2016, pp. 84-85; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, nº 2, 2018, p. 44.

³² C. 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 Tribunal de Justicia "CDC"*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 82.

³³ C. 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 Tribunal de Justicia "CDC"*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 85. Según el autor, estos escenarios son dos. Por un lado, la sumisión puede limitar las posibilidades de tribunales competentes para la víctima, quien podría tener más opciones si no existiera el acuerdo al respecto. Por otro lado, el pacto atributivo de competencia puede ser fruto del abuso de posición de dominio de la empresa vendedora/proveedora.

³⁴ 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, *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.

Vid., también, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, 2018, p. 753.

³⁵ STJCE 10 marzo 1992, *Duffryn*, C-214/89, 1992 I-01745, ECLI:EU:C:1992:115, apartado 31.

23. El pacto de sumisión expresa habitualmente se encuentra recogido en el contrato que une a las partes. Como ya hemos mencionado antes, la sumisión debe referirse a una determinada relación jurídica, y sólo a ella, no puede extenderse a relaciones anejas –*efectos objetivos*-. Cabría preguntarse, entonces, si el acuerdo de sumisión recogido en un contrato se puede extender a la responsabilidad extracontractual derivada del incumplimiento de las normas del Derecho de la competencia europeo, sabiendo que la interpretación y validez de la cláusula de sumisión se rige por sus propias reglas, que la ley que rige el contrato puede no ser la que determine la validez del acuerdo de sumisión³⁶.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se ha pronunciado al respecto. En la sentencia del caso *Cartel Damage*, el Tribunal de Luxemburgo considera que la cláusula de sumisión existente en un contrato no puede aplicarse a la responsabilidad extracontractual derivada del mismo, salvo que expresamente se haga constar en el acuerdo que se va a aplicar a este tipo de litigio por daños -conclusión criticada por parte de la doctrina³⁷⁻³⁸. Por lo tanto, sólo en el extraño supuesto de que en la cláusula de sumisión se

³⁶ Los tribunales españoles estiman que la responsabilidad extracontractual no está incluida en el ámbito de aplicación de una cláusula de sumisión contenida en un contrato, por tanto, no puede considerarse que la elección de tribunal se refiera a asuntos de reclamación de daños. Así, el AAP de Madrid (Sección 10ª), 29 junio 2010, núm. 173/2010, dispone que, “*En consecuencia, el hecho de que la demandada sea una persona jurídica distinta de la que ha suscrito el contrato de transporte marítimo, así como el tipo de acción que se ejercita, cuya finalidad es la exigencia de responsabilidad extracontractual, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.902 C. Civil, conducen a considerar que la demandada no se encuentra vinculada al contrato celebrado entre la actora y "Maersk Line", no siendo, por tanto aplicable a la relación existente entre actora y demandada la cláusula 26ª de sumisión expresa a favor del Tribunal Superior de Justicia de Londres, incluida en el referido contrato*”.

La High Court of England and Wales, por su parte, también se pronunció en el asunto *Provimi* resolviendo la cuestión de la extensión o no de la cláusula de sumisión recogida en un contrato a la responsabilidad extracontractual derivada de la infracción del Derecho antitrust (sentencia de la High Court of England and Wales, 6 mayo 2003, *Provimi*).

El asunto *Provimi* trae 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 carotinoides, 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 depende 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 reclaman 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.

Los argumentos que utilizó el tribunal inglés para excluir de la cláusula de sumisión la responsabilidad extracontractual fueron los siguientes (F.W. BULST, *The Provimi decision of the High Court: beginnings of private antitrust litigation in Europe, European Business Organization Law Review*, 4, 4, 2003, pp. 623-650). 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 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.

³⁷ C. 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 Tribunal de Justicia “CDC”, AEDIP*, t. XVI, 2016, p. 89 ss.

³⁸ STJUE 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335: “69. 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 cartel ilícito. 70. En efecto, toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía

haya pactado someter las reclamaciones por daños derivados de ilícitos antitrust ante unos determinados tribunales, y que éstos no sean ya competentes por otros foros del Reglamento *-efecto de prórroga de la sumisión-*, esos órganos jurisdiccionales elegidos podrán conocer de esas demandas por daños³⁹.

24. Como puede comprobarse, aunque el Reglamento 1215/2012 designa el Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos, como ley aplicable a la validez material del acuerdo de sumisión (art. 25.1 y Considerando 20), lo cierto es que el Tribunal de Justicia está configurando algunos criterios de determinación de la validez del mismo, como es, el que acaba de exponerse, esto es, que salvo concreción expresa, el acuerdo de sumisión recogido en un contrato no se extiende a los litigios de responsabilidad extracontractual derivados de la relación contractual⁴⁰.

25. Foro de sumisión tácita (art. 26). La sumisión tácita se deduce del comportamiento de las partes⁴¹. Esto es, las partes también pueden acudir, directamente, a unos tribunales concretos para interponer la demanda, la demandante, y contestar a la misma, la demandada. Así es, no es necesario que haya una concertación previa entre ellas con esa intención de someterse a determinada jurisdicción. La sumisión tácita se plantea en el momento en que surge el litigio, cuando el demandante acude a unos tribunales y el demandado contesta a la demanda ante esos órganos jurisdiccionales. No habrá sumisión tácita, sin embargo, cuando el demandado se oponga a la competencia del tribunal y, de forma subsidiaria, realice una defensa sobre el fondo del asunto⁴².

Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la expresa anterior⁴³.

26. La sumisión expresa es difícil que concorra, ya que, es complicado que la víctima y el autor del comportamiento ilícito se pongan de acuerdo de forma expresa para acudir a determinados órganos jurisdiccionales. Sin embargo, es más probable que pueda existir sumisión tácita, esto es, es más fácil que el demandante interponga la demanda ante unos jueces europeos concretos y que el demandado conteste a la misma sin oponerse a la competencia del tribunal.

en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal remitente. 71. En cambio, ante una cláusula que hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia y que designara a un tribunal de un Estado miembro diferente del Estado del tribunal remitente, éste debería declinar su propia competencia, incluso cuando esa cláusula lleve a excluir las reglas de competencia especiales previstas en los artículos 5 y/o 6 del Reglamento n° 44/2001.”

A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, n° 2, 2018, p. 52.

El Tribunal también ha estudiado los efectos personales de las cláusulas de sumisión, entendiéndolos limitados a las partes que han concluido el acuerdo de sumisión. No obstante, indica el Tribunal, podrían extenderse los efectos de la cláusula a terceros siempre que consientan en ello (apartado 64). *Vid.*, en este sentido, C. 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 Tribunal de Justicia “CDC”*, AEDIP, t. XVI, 2016, pp. 86-88; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, n° 2, 2018, pp. 62-64.

³⁹ C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 663.

⁴⁰ C. 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 Tribunal de Justicia “CDC”*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 93-94.

El Considerando 20 del Reglamento indica que el Derecho del Estado miembro elegido por las partes, que se aplica a la validez material del acuerdo de sumisión, incluye las normas de conflicto.

⁴¹ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*, CDT, vol. 10, n° 2, 2018, pp. 66-71.

⁴² STJCE 24 junio 1981, *Elefanten*, asunto 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671, ECLI:EU:C:1981:148, apartado 17; STJCE 22 octubre 1981, *Rohr*, asunto 27/81, *Rec.* 1981, p. 02431, ECLI:EU:C:1981:243, apartado 8; STJCE 14 julio 1983, *Gerling*, asunto 201/82, *Rec.* 1983, p. 02503, ECLI:EU:C:1983:217, apartado 21.

⁴³ STJCE 24 junio 1981, *Elefanten*, asunto 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671, ECLI:EU:C:1981:148, apartado 11; STJCE 7 marzo 1985, *Splitzley*, asunto 48/84, *Rec.* 1985, p. 00787, ECLI:EU:C:1985:105, apartado 26

B. Reglamento 1215/2012: foro general del domicilio del demandado y foro especial por razón de la materia

27. No obstante lo dicho en relación con la sumisión tácita, lo más probable es que el tribunal competente lo sea por el foro general del domicilio del demandado o por el foro especial por razón de la materia. Ambos foros son alternativos y necesitan que el domicilio del demandado se encuentre en la Unión Europea para que puedan operar. Además, el foro especial sólo funciona cuando, encontrándose el domicilio del demandado en un Estado parte de la UE, designe como tribunales competentes a los de otro Estado miembro distinto.

28. **Foro general del domicilio del demandado (art. 4).** En virtud del foro general del domicilio del demandado los tribunales competentes son los que país de la Unión Europea en el que el demandado tenga su domicilio.

29. En el sector de la responsabilidad extracontractual por hechos lesivos del Derecho europeo de la competencia, los sujetos demandados sólo pueden ser empresas. En efecto, los artículos 101 y 102 TFUE sólo pueden ser infringidos por empresas, por lo tanto, en principio, sólo ellas podrían ser denunciadas por los daños ocasionados por ello.

Pues bien, desde este punto de vista, el domicilio que más se debe tener en cuenta es el de las personas jurídicas. El artículo 63 del Reglamento ofrece una definición material de este concepto. Según este precepto, la persona jurídica tendrá su domicilio en el Estado miembro en el que tenga la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal.

Estos tres conceptos de domicilio se corresponden con distintos elementos que conforman la empresa. Así, la sede estatutaria es la sede social, la que aparece en los estatutos de la compañía. La administración central es la sede real, desde donde se dirige la empresa. Y, por último, el centro de actividad principal es donde se desarrolla la actividad más relevante de la compañía.

Con la definición recogida en el artículo 63 del Reglamento es posible que la compañía tenga hasta tres domicilios en la Unión Europea y, por tanto, es posible que haya hasta tres tribunales competentes por este foro ante los que interponer la demanda de reclamación de daños.

30. En nuestro caso, son escasos los datos que ofrece el Auto, por lo que sólo podemos concluir en base a suposiciones. Si partimos del supuesto de que la demandada es una filial de una de las empresas responsables del comportamiento ilícito, el Juzgado de lo Mercantil de Madrid proporciona el dato del domicilio en España de aquella compañía, según el Reglamento 1215/2012. Por lo tanto, tal como concluye el órgano jurisdiccional, los tribunales españoles serían competentes por el foro general del domicilio del demandado.

Si considerásemos que la empresa demandada es la sucursal en España del Grupo Volvo, habría que saber dónde tiene su sede social, la administración central y el centro de actividad principal este Grupo al que demanda Carretillas Barcelona a través de la sucursal española. Según la Decisión de la Comisión Europea, el Grupo Volvo tiene su sede social en Suecia, por lo tanto, España no sería competente por el foro general del domicilio del demandado.

En este último caso, cabría preguntarse si sería posible alegar el foro especial de establecimientos secundarios para demandar en España al Grupo Volvo⁴⁴. Para que dicho foro pudiera operar sería

⁴⁴ “A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha identificado dos criterios que determinan si una acción judicial relativa a la explotación de una sucursal tiene conexión con un Estado miembro. En primer lugar, el concepto de «sucursal» implica la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de forma duradera hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz. Ese centro debe estar dotado de una dirección y de un equipamiento material de manera que pueda negociar con terceros y estos no tengan que dirigirse directamente a la casa matriz. En segundo lugar, el litigio debe referirse bien a actos relativos a la explotación de una sucursal, bien a obligaciones contraídas por esta en nombre de la casa matriz, cuando esas obligaciones deban cumplirse en el Estado en que se encuentre dicha sucursal (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, C154/11, EU:C:2012:491, apartado 48 y jurisprudencia citada)” (STJUE 5 julio 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533, apartado 59)

necesario que la sucursal española demandada hubiera intervenido de manera efectiva y significativa en el ilícito, fijando los precios de venta de los camiones, por ejemplo⁴⁵.

31. *Litisconsorcio pasivo (art. 8.1).* Cuando se produce un ilícito del Derecho antitrust, en muchas ocasiones las empresas infractoras son varias. Así es, si nos situamos en el marco del artículo 101 TFUE tienen que ser varias las compañías que lleven a cabo una entente y lesionen el Derecho europeo de la competencia. Por otro lado, si lo hacemos en el marco del artículo 102 TFUE, si bien puede haber abuso de posición de dominio individual, también lo puede haber colectivo y, por ello, pueden ser dos o más empresas que infrinjan este precepto.

32. En estos supuestos, el artículo 8.1 permite la acumulación de competencias ante los tribunales del domicilio de uno de los demandados. En efecto, este precepto regula el litisconsorcio pasivo y ofrece la posibilidad al actor de acudir sólo a los tribunales del domicilio de uno de los demandados y allí demandar a todos los sujetos que han lesionado la competencia y han infligido daños.

Para que se abra esta posibilidad que ofrece el foro del artículo 8.1 Reglamento 1215/2012 es necesario que se cumplan dos requisitos. El primero de ellos es que todos los sujetos demandados ante el tribunal de uno de ellos tengan su domicilio en la Unión Europea. En segundo lugar, el TJCE, en el asunto *Kalfelis*, respondiendo a una cuestión prejudicial, afirmó que es necesario que exista una conexión suficiente entre las demandas planteadas ante los distintos demandados⁴⁶.

Pues bien, el Tribunal de Justicia, en el asunto *Cartel Damage* ha considerado que sí existe esa vinculación que se exige a las demandas para que pueda operar el foro del litisconsorcio pasivo. Así, el órgano judicial afirma que “*para la aplicación del artículo 6, punto 1, del Reglamento n° 44/2001 hay que verificar si entre las diferentes demandas presentadas por el mismo demandante contra distintos demandados existe un punto de conexión de tal naturaleza que haya interés en que sean resueltas conjuntamente, a fin de evitar soluciones que pudieran ser contradictorias si los litigios se juzgaran por separado*” (apartado 20). El riesgo de resoluciones contradictorias existe desde el momento en que la víctima puede interponer demandas ante distintas jurisdicciones de los Estados miembros, debido a las diferencias en los Derechos nacionales en materia de responsabilidad civil que pueden existir en cada uno de los ordenamientos (apartado 22).

33. *Foro especial por razón de la materia extracontractual (art. 7.2).* El foro especial en estos supuestos de responsabilidad extracontractual se encuentra recogido en el artículo 7.2 del Reglamento. Este foro es aplicable en nuestro caso puesto que la demanda por daños derivados de un ilícito antitrust se encuentra incluida en la categoría de responsabilidad extracontractual⁴⁷.

34. *Lugar del hecho ilícito.* Según este precepto, los tribunales competentes son los del *lugar* del Estado miembro en el que se haya verificado el hecho ilícito *-foro de competencia judicial internacional y territorial*⁴⁸.

Este foro del lugar del hecho ilícito sólo puede utilizarse cuando la empresa contra la que se actúa sea parte en el litigio y haya llevado a cabo su comportamiento en el mercado del tribunal compe-

⁴⁵ STJUE 5 julio 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533, apartado 61.

⁴⁶ STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, asunto 189/87, Rec. 1988, p. 05565, ECLI:EU:C:1988:459, apartados 11 y 12.

En este sentido, la High Court of England and Wales, en el asunto *Provimi* también se pronunció sobre la posibilidad de la aplicación de este foro, en el caso de la reclamación de daños y perjuicios contra las empresas del cartel de las vitaminas, ya mencionado. En este caso, el tribunal inglés consideró que sí había suficiente vinculación entre las demandas planteadas contra las distintas compañías puesto que las dos procedían de la misma infracción del artículo 81 TCE y poseían la misma naturaleza (F.W. BULST, *The Provimi decision of the High Court: beginnings of private antitrust litigation in Europe*, *European Business Organization Law Review*, 4, 4, 2003, pp. 623-650).

⁴⁷ J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, *CDT*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 313.

⁴⁸ C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, *AEDIP*, t. XVI, 2016, p. 645.

tente. Dicho de otra manera, si la empresa demandada no ha actuado en el Estado del foro, ese país no puede ser calificado como lugar del hecho ilícito⁴⁹.

35. En estos casos de cárteles de empresas, el hecho dañoso es el ilícito antitrust y el lugar donde se produce es, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se haya celebrado el acuerdo colusorio⁵⁰. Ese lugar de constitución del cártel puede ser casual y no presentar ninguna vinculación con el caso, puede, por ejemplo, no coincidir con el mercado afectado. Es más, en muchas ocasiones así será. Esta circunstancia resta previsibilidad y seguridad jurídica al foro⁵¹.

36. En muchos supuestos de ilícitos antitrust no se puede identificar un solo lugar de constitución del cártel. Así es, es muy habitual que haya varias reuniones entre los participantes en el acuerdo. En estos casos, tal como indica la jurisprudencia *Besix*, cuando el foro especial no permita determinar un único tribunal competente, porque serían varios en este escenario, no debería aplicarse⁵².

En el supuesto del Auto comentado hubo varias reuniones, por ejemplo. El Tribunal de Justicia, en estas circunstancias, individualiza el ilícito en relación con la víctima y, así, de este modo, indica que se puede entender constituido el cártel, a estos efectos de reclamación de daños, en el lugar de conclusión de un arreglo específico que por sí solo sea el hecho generador del perjuicio causado al comprador (apartado 46 de la STJUE *Cartel Damage*)⁵³. Con los datos aportados en el Auto del Juzgado de lo Mercantil no se puede llegar a ninguna conclusión acerca de cuál es el lugar del hecho ilícito en este caso.

La doctrina critica que el Tribunal de Justicia no aporte ejemplos que puedan facilitar la labor de los jueces nacionales a la hora de identificar ese lugar de la reunión de la que se ha derivado el daño particular de la víctima demandante. Por esta razón, proponen que cuando haya varias reuniones y sea difícil, por tanto, determinar este lugar, se sustituya este foro por el del lugar de los efectos perjudiciales -lugar del daño-⁵⁴.

37. Merece la pena destacar, por último, en relación con el lugar del hecho ilícito en estos casos, que el Tribunal de Justicia permite demandar a todos los miembros del cártel en virtud a este foro especial (STJUE *Cartel Damage*, apartado 50). En efecto, como ya hemos explicado, el Reglamento regula el litisconsorcio pasivo en el artículo 8.1 y lo hace tomando como base el foro general del domicilio del demandado. En el caso *Cartel Damage*, el Tribunal de Luxemburgo prescribe que se pueda demandar a

⁴⁹ STJUE de 16 mayo 2013, *Melzer*, C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305, apartado 40.

⁵⁰ STJUE de 21 mayo 2015, *Cartel Damage*, C352/13, ECLI:EU:C:2015:335, apartado 44. En jurisprudencia anterior, el Tribunal de Justicia prefirió optar por el lugar donde se producen los efectos perjudiciales (*vid.*, en relación con esto, C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 649 ss., p. 650).

En el supuesto de que el hecho ilícito fuera un abuso de posición de dominio, el órgano judicial europeo entiende que el lugar donde se verifica el hecho dañoso debe ser donde lleva a cabo el comportamiento ilícito. “*En efecto, a diferencia del daño resultante de un acuerdo ilícito entre diversos participantes, el hecho causal que origina el daño en los casos de explotación abusiva de una posición dominante no se basa en un acuerdo, sino que reside en la puesta en práctica de esa explotación, es decir, en los actos llevados a cabo por la empresa dominante para ponerla en práctica, concretamente ofreciendo y aplicando precios predatorios en el mercado de que se trate*” (STJUE 5 julio 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533, apartado 52).

⁵¹ J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, CDT, vol. 8, nº 2, 2016, p. 325. *Vid.*, en este sentido, también, A. SARAVALLE, “Forum damni o fora damni?”, *Il Foro Italiano*, nº 11, noviembre, 1995, pp. 331-343.

⁵² STJCE 19 febrero 2002, *Besix*, C-256/00, Rec. 2002 I-01699, ECLI:EU:C:2002:99, apartado 29; Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 11 de diciembre de 2014, al asunto C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443, apartado 52.

⁵³ C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 653.

⁵⁴ C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 658.

todos los autores del cártel ante los tribunales del lugar del hecho ilícito, cuando exista una Decisión de la Comisión declarando anticompetitivo el comportamiento⁵⁵.

38. Lugar del daño: ilícitos a distancia. El foro especial en materia de responsabilidad extracontractual ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia ampliando los tribunales que pueden ser competentes en su virtud. Así, en ilícitos a distancia, esto es, en supuestos en los que el hecho ilícito se verifica en un país y el daño en otro, los órganos jurisdiccionales competentes pueden ser, no sólo los del lugar del hecho ilícito -constitución del cártel-, también, los del lugar del daño -*tesis de la ubicuidad*⁵⁶⁻⁵⁷.

39. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto *Cartel Damage*, identifica el lugar del daño de la víctima, en principio, con el Estado donde se encuentra su domicilio social (apartado 52). En este punto, el Tribunal europeo aplica su jurisprudencia en el asunto *eDate*, relativo a vulneración de los derechos de la personalidad. En este caso *eDate*, el órgano judicial considera que el lugar del daño es el lugar del centro de intereses de la víctima, el cual coincidirá, habitualmente, con su residencia habitual⁵⁸.

40 En nuestro caso, el daño se ha verificado en España, por lo tanto, si el demandado no tuviera su domicilio en nuestro país, nuestros tribunales serían competentes por este foro especial del lugar del daño⁵⁹.

41. Daños plurilocalizados. En los casos de daños plurilocalizados, el hecho ilícito genera daños en diferentes Estados. El Tribunal de Justicia, siguiendo la jurisprudencia iniciada en el asunto *Minas de Potasio*, continuó estableciendo que el foro especial en materia de responsabilidad extracontractual determina que los tribunales competentes son los del lugar del hecho ilícito y, también, los del lugar del daño. Sin embargo, en estos casos de daños plurilocalizados ese lugar del daño no es único, hay varios lugares donde se verifican perjuicios. En este escenario, el órgano judicial europeo introduce la *tesis del mosaico* para afirmar que los distintos lugares del daño darán competencia a sus tribunales para conocer sólo del daño verificado en su jurisdicción⁶⁰.

⁵⁵ La referencia del Tribunal de Justicia al presupuesto de la existencia de una Decisión de la Comisión en estos casos, lleva a la doctrina a entender que el litisconsorcio pasivo solo es posible en estos supuestos, esto es, en acciones *follow on*, ya sea con pronunciamiento previo de la Comisión o de cualquier autoridad nacional de competencia (C. FRATEA, *Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión sobre Europea la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa*, AEDIP, t. XVI, 2016, p. 660).

Vid., también, en este sentido de poder demandar a todos los autores del comportamiento ilícito ante los tribunales del foro especial, STJUE 5 julio 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533, apartado 42.

⁵⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1278.

⁵⁷ STJCE de 30 noviembre 1976, *Minas de potasio*, asunto 21-76, *Rec.* 1976, p. 01735, ECLI:EU:C:1976:166, apartado 24.

Vid., también, entre otras, STJCE de 11 de enero de 1990, *Dumez France y Tracoba*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. I-00049, ECLI:EU:C:1990:8, apartado 17; STJCE de 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.* 1995, p. I-02719, ECLI:EU:C:1995:289, apartado 11; STJCE 5 febrero 2004, *Torline*, C-18/02, *Rec.* 2004, p. I-01417, ECLI:EU:C:2004:74, apartado 40; STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, C-168/02, *Rec.* 2004, p. I-06009, ECLI:EU:C:2004:364, apartado 16; STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. I-06917, ECLI:EU:C:2009:475, apartado 23.

⁵⁸ STJCE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y 161/10, *Rec.* 2011, p. I-10269, ECLI:EU:C:2011:685, apartados 48 y 49.

En este caso *eDate*, en cambio, en ese lugar del centro de intereses de la víctima, como lugar del daño, el demandante puede reclamar todo el perjuicio sufrido; a diferencia de lo que ocurre con este foro en el resto de supuestos. Los autores consideran que debería aplicarse esta jurisprudencia del caso *eDate* en este punto también, además de exigir que el lugar del daño sea un mercado directa y sustancialmente afectado por la conducta ilícita y de permitir la acumulación de demandas en este foro. De esta manera, la doctrina extrapola el principio de unidad de ley, recogido en el artículo 6.II.b) del Reglamento Roma II, al sector de la competencia judicial internacional (J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, CDT, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 326-327).

Reglamento (CE) nº 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma II), DOUE L199, de 31 julio 2007.

⁵⁹ J. SUDEROW, *Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide*, CDT, vol. 8, nº 2, 2016, p. 314.

⁶⁰ STJCE de 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. I-00415, ECLI:EU:C:1995:61, apartado 33.

En relación con la denominada *tesis del mosaico*, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1294.

De esta manera, la víctima tiene dos opciones. Por un lado, puede reclamar todos los daños sufridos, bien, ante los tribunales del domicilio del demandado, bien, ante los tribunales del lugar del hecho ilícito. Por otro lado, puede ir de jurisdicción en jurisdicción reclamando el daño sufrido en cada una de ellas.

42. En los comportamientos del Derecho antitrust es difícil encontrar un daño plurilocalizado. Si bien es cierto que una práctica restrictiva de la competencia puede afectar a varios mercados nacionales y producir daños en todos ellos, desde el punto de vista individual de la víctima, ésta sólo sufrirá daños en el país en el que ha comprado el producto o ha contratado el servicio. No obstante, se podría encontrar algún supuesto en el que sí podrían verificarse estos daños plurilocalizados. Así, *ad ex.*, cuando la víctima es una empresa competidora que se ha visto perjudicada en los diferentes mercados nacionales afectados por la práctica restrictiva de la competencia –por haber tenido que abandonar esos mercados, ante la política agresiva de precios predatorios, por ejemplo–.

43. En nuestro caso, con los escasos datos que aporta el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, puede deducirse que el demandante ha sufrido un único daño en España o, al menos, sólo demanda por ese daño ante nuestros tribunales. No estaríamos, por tanto, ante un supuesto de daños plurilocalizados y podrá demandar ante los órganos jurisdiccionales españoles el perjuicio total y único sufrido en nuestro país.

CUESTIONES VINCULADAS A LA CONSTITUCIÓN
DE LA ADOPCIÓN DE MAYORES DE EDAD: ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

ISSUES CONNECTED WITH THE CONSTITUTION
OF THE ADOPTION OF ADULTS: ANALYSIS FROM SPANISH
PRIVATE INTERNATIONAL LAW

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad San Jorge
Magistrado Suplente*

Recibido: 17.01.2019 / Aceptado: 28.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4665>

Resumen: Partiendo del estudio de la Ley 54/2007, de adopción internacional y después de examinar la normativa sustantiva sobre la adopción en España, el presente trabajo aborda el análisis de algunas de las cuestiones controvertidas que se suscitan respecto de las adopciones de personas mayores de edad y menores emancipados, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y específicamente, en lo referente a la constitución de la adopción por las autoridades españolas.

Palabras clave: ley de adopción internacional, adopción internacional de personas mayores de edad, Derecho internacional privado, ley aplicable, validez de adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

Abstract: Based on the study of Law 54/2007, on international adoption and after having examined the substantive legislation on adoption in Spain, this paper deals with the analysis of some of the controversial issues that arise regarding adoptions of adults and emancipated minors, from the Private International Law perspective and specifically with regard to the constitution of adoption by the Spanish authorities.

Keywords: international adoption law, international adoption of adults, international private law, applicable law, constitution of adoption by Spanish authorities.

Sumario: I. La adopción de mayores de edad en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. 1. Cuestiones introductorias. 2. El vigente art.1.2 LAI y su incidencia en las adopciones internacionales de mayores de edad y de menores emancipados. 3. Argumentos a favor y en contra de la inclusión de la adopción de mayores de edad en la LAI. II. Problemas que suscita la constitución en España de una adopción internacional de un mayor de edad o menor emancipado. Análisis del AAP de Granada de 14 de septiembre de 2018. 1. Planteamiento general. 2. Reflexiones sobre el AAP de Granada de 14 de septiembre de 2018. III. Conclusiones.

I. La adopción de mayores de edad en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional

1. Cuestiones introductorias

1. La eclosión que adquirió en las últimas décadas la adopción y más concretamente, la figura de la adopción internacional, ha tenido como consecuencia que, en ocasiones, se olvide que se está ante una institución que, en Derecho civil español, se configura como un mecanismo de protección de menores, cuyos principios rectores son el interés del adoptando y su integración en una familia adoptiva adecuada a las características del menor. Este es el sentido del art. 176.1Cc, que, tras las reformas efectuadas por la Ley 21/87, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y por la L.O.1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ordena tener en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para la patria potestad en el momento de dictar la resolución judicial constitutiva de la adopción.

2. Esta misma idea ha sido recogida en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (en adelante, LAI). Así, no está de más recordar que, como menciona la propia ley en su Exposición de Motivos, la norma surge con el propósito de “ajustar el ordenamiento jurídico a la realidad social”, a fin de que la adopción se lleve a cabo con las “máximas garantías y respeto a los intereses de los menores a adoptar.” En este punto, cabe destacar que la LAI acoge el principio del interés del menor, que deberá prevalecer sobre cualesquiera otros intereses en juego y que, tal como dispone la misma Exposición de Motivos, constituye el principal criterio de interpretación de la Ley.

3. A la vista de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta la especial preocupación que muestra en materia de adopción el legislador español por los menores de edad, cabe preguntarse en qué situación se encuentra en nuestro país la adopción de personas mayores de edad o emancipadas, y muy particularmente, si la regulación incorporada a la LAI cubre, asimismo, las adopciones internacionales en este tipo de supuestos. Se trata de un tema que puede plantear cuestiones ciertamente relevantes, sobre todo, considerando que el 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 (en adelante CH 1993), en vigor en España, deja fuera de su ámbito de aplicación a aquéllas adopciones en las cuales el adoptando supere los dieciocho años de edad.

4. Con el fin de despejar las dudas que pudiera suscitar la normativa española sobre adopción internacional, a continuación, se abordará el estudio de algunos de los interrogantes que deja abiertos la LAI respecto de las adopciones de mayores de edad y menores emancipados, particularmente, por lo que se refiere a los puntos más controvertidos relacionados con la normativa de Derecho Internacional Privado y específicamente, en lo que concierne a la posibilidad de constituir una adopción de una persona mayor o emancipada ante las autoridades españolas .

5. Para una mejor comprensión de la explicación, se pondrán en relación las conclusiones extraídas con el reciente Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 14 septiembre 2018, que, en sede de apelación, resuelve a favor de la constitución ante las autoridades españolas de una adopción de una persona mayor de edad, con nacionalidad argentina, en la cual tanto el adoptante como la adoptanda tienen su residencia habitual en nuestro país¹.

2. El vigente art.1.2 LAI y su incidencia en las adopciones internacionales de mayores de edad y de menores emancipados

6. Primeramente, hay que indicar que la actual versión del art.1.2 LAI procede del Artículo Tercero Uno de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia

¹ AAP Granada 14 Septiembre 2018 [ECLI:ES:APGR:2018:855A].

y a la adolescencia, que le otorga una nueva redacción, en los mismos términos del Anteproyecto y del Proyecto de Ley, tal y como fue remitido para su tramitación a las Cortes Generales². La justificación de esta reforma parece estar en la intención del legislador español de adecuar la LAI a lo previsto en el CH 1993, según se desprende del Considerando IV de la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015.

7. A este respecto, debe señalarse que, a diferencia del primitivo art.1.2 LAI³, del precepto actual se infiere que la adopción internacional de personas mayores de edad queda fuera del ámbito de aplicación de dicha disposición, toda vez que en la norma se ha introducido el término “menor” al referirse al adoptando.

8. Del mismo modo, el nuevo art.1.2 LAI se refiere a la adopción internacional de un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y que por lo demás, debe residir también en el extranjero. Aquí cabe precisar que difícilmente un menor emancipado puede llegar a ser declarado adoptable, motivo por el cual, al igual que la adopción de mayores de edad, la adopción internacional de menores emancipados tampoco queda comprendida en la definición de adopción internacional del vigente art.1.2 LAI.

9. 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.⁴

10. Ahora bien, debe observarse que la definición de adopción internacional, tal como se establece en el vigente art.1.2 LAI, se aplica a los efectos del Título I, sin que aparezca alusión alguna al Título II, en el cual se regulan las normas de Derecho Internacional Privado⁵. Por esta razón, la exclusión

² Tanto la versión original del art.1.2 del Anteproyecto como la 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.” El texto que finalmente se incorporó a la primitiva LAI tiene su origen en las enmiendas introducidas durante la tramitación parlamentaria de la LAI por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) y por el Grupo Parlamentario Popular, en el Congreso y posteriormente, en el Senado. 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.

³ La versión original del art.1.2 de la citada norma definía la adopción internacional como “el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o residencia habitual de adoptantes o adoptandos.” Sin embargo, lo que no decía la redacción original de la LAI de forma explícita es si quedaban o no comprendidas dentro de su ámbito de aplicación las adopciones internacionales de personas que en el momento de constituirse la adopción hubiesen alcanzado ya la mayoría de edad o estuvieran emancipadas. Y ello, pese a que el CH 1993, de cuya trascendencia para la nueva regulación española de la adopción internacional se hace eco la propia LAI, descarta expresamente su aplicación cuando el adoptando haya cumplido los dieciocho años de edad (art.3). Aún con todo, debe mencionarse que, en el Documento de trabajo núm.15 y por parte de Colombia, se llevo a cabo una propuesta a fin de que se añadiera un nuevo párrafo al art.3 del Convenio, estableciendo que “*el Convenio también se aplicaría si el o los futuros padres adoptivos hubieran asumido la guarda del menor antes de que hubiera alcanzado los dieciocho años*”. De haberse aceptado esta proposición, las garantías del Convenio se hubieran extendido a aquellos supuestos en los cuales el niño hubiera convivido con la familia adoptante antes de cumplir los dieciocho años de edad. 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*, p.30

⁴ 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.

⁵ Recuérdese que, en la redacción dada por la Ley 26/2015, la LAI se contemplan dos conceptos de adopción internacional: uno, partiendo del art.1.2 LAI, a los efectos del Título I de la LAI, y otro, fundamento, de manera particular en el art.1.1 LAI,

de las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas resulta más que justificada, toda vez que en este Título se recogen aspectos propios de la fase administrativa previa a la constitución de la adopción, que solamente resultan exigibles respecto de las adopciones de menores de edad. Tal es el caso de la intervención de las Entidades públicas y de los organismos acreditados, así como de la cooperación de autoridades y la declaración de idoneidad de los adoptantes.

11. En cuanto a las normas de Derecho Internacional Privado, previstas en el Título II de la LAI, la clave se sitúa en el art. 1.1 LAI, tal y como está redactado desde la Ley 26/2015. En este precepto, el legislador español ha optado por incluir una referencia genérica a la adopción en los supuestos en que exista un elemento extranjero, diferenciándola claramente de otras instituciones de protección de menores, de donde se discurre que abarca tanto la adopción internacional de menores como la de personas mayores de edad o emancipadas.

3. Argumentos a favor y en contra de la inclusión de la adopción de mayores de edad en la LAI

12. No obstante lo dicho, existen otros preceptos en la LAI de los cuales cabría deducir que las adopciones de mayores de edad bien pudieran quedar excluidas de la vigente norma. De este modo, son constantes las referencias a niños y menores desde la misma Exposición de Motivos. En este sentido, sirva como ejemplo lo dicho en el Considerando II, donde el legislador indica que concibe la adopción internacional como una medida de protección de menores, concepción ésta que el propio legislador justifica en la aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales en vigor en nuestro país⁶, todos ellos dedicados a la infancia⁷, y cuyos preceptos el legislador español ha juzgado de especial importancia, particularmente, por lo que se refiere al principio del interés del menor, con arreglo al cual ha de interpretarse la LAI y que debe prevalecer siempre sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional.

13. Igualmente significativo resulta lo dispuesto en el art.2.2, de donde también parece deducirse que la LAI se aplica únicamente a las adopciones de menores de edad, pues establece que la finalidad de la norma “es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados”. A esto se suma que los Capítulos II y III del Título I están pensados específicamente para la adopción de menores, toda vez que su objeto, respectivamente, lo constituyen las Entidades Públicas y organismo acreditados y la capacidad y requisitos para la adopción internacional.

14. Por lo que se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado, recogidas en el Título II de la LAI, cierto es que en los Capítulos I, II y III, que se ocupan de los sectores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, así como de los efectos en España de la adopción constituida por autoridad extranjera, el legislador ha utilizado los términos “adoptando” y “adoptado”, sin aclarar si en los mismos deben entenderse comprendidos tanto los menores como los mayores de edad⁸. Sin em-

en relación con el Título II de la LAI. Nótese aquí que existe una divergencia entre el Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 y el art.1.2 LAI. En el primer caso, se razona que se define el concepto de adopción internacional a los efectos de la LAI, mientras que en el propio art.1.2 LAI se afirma que dicha definición lo es a los efectos, no ya de la LAI, sino del Título I. Este criterio es compartido por 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

⁶ En cuanto a dichos instrumentos, en materia de adopción y según se desprende del propio Considerando II, se trataría del Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986), y del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

⁷ En concreto, el art.1 de la CDN dispone: “*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

⁸ Existen, no obstante, algunas excepciones, como el art.19.4 LAI, especialmente previsto para los menores cuya ley personal prohíba o no contemple la institución adoptiva, o la referencia al interés del menor del art.23 LAI.

bargo, también es verdad que en el art.26.1 y 2 encontramos las expresiones “niño” y “menor”, al igual que en los artículos 29, 30.4 y 31. Todo ello, sin contar con que es evidente que el apartado 4 del art.26 está igualmente pensado para los adoptados menores de edad, pues en caso contrario, no será necesario el consentimiento de la Entidad Pública española competente.

15. Por último, existe en la LAI otro dato del cual puede inferirse que la citada norma está concebida de forma especial para las adopciones de menores de edad, cual es el encabezamiento del Título III, dedicado a “Otras medidas de protección de menores”. Dicho título resulta plenamente concordante con la noción de adopción internacional como medida de protección de menores, recogida en el Considerando II de la Exposición de Motivos de la LAI, y al introducir el término “otras”, parece advertir que la adopción extranjera cuyo régimen se fija en los Títulos anteriores es la que tiene como sujetos a los menores de edad.

16. Sin embargo, no sostienen esta misma opinión CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Ciertamente es que los mencionados autores califican la LAI como una norma de Derecho social, cuyo objetivo es la regulación de la adopción internacional como una medida de protección de menores que persigue su completa integración en una familia adecuada, lejos de toda conducta que pudiera vincular la adopción internacional con prácticas abusivas en relación con los niños y con el tráfico internacional de menores. Para ello, destacan el papel que la LAI otorga al principio del interés del menor, que, recuerdan, no sólo constituye el parámetro de interpretación de la propia ley sino que, además, ha de ser respetado por cualquier decisión que se acuerde en materia de adopción internacional.

17. No obstante lo dicho, los citados autores defienden que la noción de adopción internacional regulada por la LAI comprende tanto la adopción de menores como la de mayores de edad, si bien, mantienen que, dado que la adopción tipo en nuestro país es la adopción internacional de menores, el legislador ha decidido centrarse en esta clase de adopciones. Esto mismo no es obstáculo, en opinión de CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, para que ante una adopción de un mayor de edad puedan aplicarse los preceptos de la LAI, con exclusión de las previsiones que contienen las normas relativas a los menores, en consonancia con lo previsto en la regulación del Código Civil, cuyas normas, pese a estar orientadas a la adopción de menores de edad, también resultan aplicables a la de mayores⁹. Más aún, incluso, podrían aplicarse por analogía las normas de la LAI a las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas, pues, de lo contrario estas adopciones se verían condenadas a una suerte de limbo jurídico, en tanto que tampoco se encuentran expresamente prohibidas.

18. En este orden de consideraciones, aún sin negar que sea posible descartar la aplicación de las normas relativas a la adopción de menores cuando el adoptando sea un mayor de edad, de la misma manera, cabe suponer que, de proceder a dicha exclusión, se correría el peligro de que algunos preceptos de la LAI quedasen prácticamente vacíos de contenido. Sin ir más lejos, el art.26.2, exige que la renuncia a la facultad de revocar la adopción tenga lugar antes del traslado del menor a España. Si se depura, ¿quiere ello decir que no sería necesaria esta renuncia en el caso de un adoptado mayor de edad? De admitir semejante conclusión, cabría cuestionarse si con ello se estaría vulnerando uno de los pilares fundamentales de la adopción en nuestro país, cual es la irrevocabilidad¹⁰.

⁹ En este sentido, Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p.p.43 y 44.

¹⁰ Quizás la LAI tome como punto de partida la práctica de la DGRN anterior a la reforma del art.9.5 Cc por la Ley 18/1999, dado que el Centro Directivo consolidó una doctrina en cuya virtud se otorgaba el reconocimiento de las adopciones plenas extranjeras revocables después de la mayoría de edad del adoptado, con fundamento en que la adopción se concibe en nuestro país como una institución de protección de menores. La misma Exposición de Motivos de la Ley 18/1999 admite la solución de no reconocer en España una adopción constituida en el extranjero “cuando la no correspondencia de efectos se produce porque la adopción extranjera es revocable a solicitud del adoptante durante la minoría de edad del hijo adoptivo”, añadiendo que “si, por comparecencia ante el encargado del Registro Civil o en otro documento público, el adoptante o adoptantes españoles renuncian expresamente al derecho que les concede la ley extranjera para revocar la adopción, ya no se ven obstáculos para que ésta pueda ser reconocida en España e inscribirse en el Registro con todos los efectos derivados de esta inscripción”. De

19. Lo mismo puede decirse del art.30.4 LAI, en el cual se establecen los requisitos para la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción tal y como se regula en el Derecho español, pues dicho artículo parece partir de la base de que lo que se va a convertir es la adopción simple o menos plena de un niño. Si no, ¿cuál es la razón de que se hable de la extinción de vínculos entre el niño y su familia de origen?, ¿por qué no se ha utilizado la expresión “adoptado”, como se ha hecho en el art.26.2 de la propia LAI? O, ¿por qué se requiere asesorar o informar convenientemente al niño o examinar que el consentimiento del menor, en caso de resultar necesario, se haya prestado libremente y sin mediar precio o compensación? ¿Acaso si el adoptado es mayor de edad no hay que asesorar, ni informar, ni examinar dichos extremos? Igualmente, es posible cuestionarse si en el caso de descartar la exigencia de estos requisitos previstos para los menores de edad, será posible aplicar el art.30.4 LAI a las adopciones simples o menos plenas de los mayores, es decir, si cabe la conversión de éstas o el precepto está dirigido únicamente a la conversión de la adopción simple o menos plena de menores de edad.

20. En todo caso, más que de prescindir de las normas que se refieren a los menores, quizás resultaría más lógico adaptar dichos preceptos a las especialidades que se derivan de la adopción de un mayor de edad, pues, de lo contrario, de algunos de los artículos de la LAI, tales como los referidos en los párrafos que anteceden, podrían derivarse situaciones incongruentes con el espíritu de la propia norma, que, no en vano, manifiesta su preocupación por que las adopciones se realicen con las debidas garantías y en el marco de la más escrupulosa seguridad jurídica¹¹.

21. Ni que decir tiene que nuestro Código Civil¹² admite la adopción de mayores o menores emancipados, aunque no es menos cierto que lo hace muy excepcionalmente, en aquellos supuestos en que, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año (art.175.2 Cc). A este respecto, hay autores que defienden que el legislador español, de alguna manera, ha querido prorrogar a los casos de adopción de mayores la protección que dispensa el Código Civil a los adoptados menores de edad, siempre y cuando durante la minoría de edad se den los requisitos previstos en el art. 175.2 Cc. Del mismo modo, presumiendo que cuando esto ocurre se ha producido la real integración del adoptando en la familia del adoptante, argumenta este sector doctrinal que la razón de la excepción del art.175.2 Cc estriba en la afinidad de la convivencia anterior a la mayoría de edad, que requiere el citado precepto, a la convivencia característica de la adopción de menores. No en balde, el art.175.2 Cc exige un plus, que se concreta en la necesidad de que la convivencia se desarrolle de forma ininterrumpida, lo que presupone que dicha convivencia ha subsistido de forma continuada hasta la edad de 18 años, corroborando la previa integración del adoptando en la familia adoptante y en consecuencia, la concurrencia de un principio tan básico en la adopción de menores como es el de integración familiar¹³.

ello, podría deducirse que no sería necesaria la renuncia expresa a la facultad de revocación para otorgar validez en España a una adopción extranjera plena y revocable después de que el adoptado haya alcanzado la mayoría de edad. Ahora bien, tampoco puede desconocerse que la redacción literal del art.9.5.VI daba pie a entender que su ámbito de aplicación se extendía a cualquier adopción revocable.

¹¹ Vid. la Exposición de Motivos de la LAI (Considerando I)

¹² Si bien la explicación se va a desarrollar teniendo en cuenta las previsiones del Código Civil, no debe olvidarse que, en virtud del art.149.1.8 CE, las CCAA con Derecho civil, foral o especial propio disponen de competencia para su conservación, modificación o desarrollo. En este sentido, aunque el Código de Derecho Foral de Aragón no regula la adopción, otras CCAA, como Cataluña, sí que ha introducido normas relativas a la institución adoptiva en su normativa de Derecho civil. Así, respecto a la posibilidad de adoptar a personas mayores de edad o menores emancipados, cabe destacar lo dispuesto en el art.235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña, en tanto que no se limita únicamente a reproducir lo dispuesto en el art.175.2 Cc, anterior a la reforma de 2015, acerca de que sólo cabe la adopción de personas mayores de edad o emancipadas si ha existido una situación de convivencia ininterrumpida con el adoptante desde antes de haber cumplido catorce años, sino que, además, añade que también cabe la adopción si el mayor de edad o emancipado “*ha estado en situación de acogimiento preadoptivo, al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores al cumplimiento de la mayoría de edad o a la emancipación, y ha continuado conviviendo con él sin interrupción*”. En cualquier caso, la razón de ser de esta norma coincide con el fundamento del art.175.2 Cc, es decir, en ambos casos lo que el legislador pretende es garantizar uno de los principios fundamentales de la adopción como es el de la integración familiar.

¹³ El art.175.2 Cc, anterior a la reforma de la Ley 26/2015, resultaba bastante más riguroso, en tanto que fijaba el límite de edad en el cual debería haberse iniciado la convivencia en una edad muy por debajo de la mayoría de edad, tal y como se

22. Ténganse en cuenta que la redacción del art.175.2 Cc en el momento de aprobarse la Ley 54/2007, procede de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, cuyo Preámbulo se hace eco de los inconvenientes que se desprenden de la legislación anterior, entre los que destaca “la posibilidad indiscriminada de adoptar a los mayores de edad” y enuncia los dos principios básicos en los que se basa la adopción: el principio de integración familiar y el principio del interés del menor. Es, justamente, el primero de ellos el que sirve de base para enunciar la prohibición de adoptar a menores emancipados o mayores de edad, salvo los excepcionales supuestos que establece el art.175.2 Cc¹⁴.

23. Al mismo tiempo, no hay que perder de vista que, frecuentemente, las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas, responden a motivos que nada tienen que ver con la concepción de la adopción como medida de integración familiar¹⁵. Por ello, resulta clara la intención del legislador de evitar situaciones fraudulentas¹⁶, en las que la adopción pudiera servir a la consecución de determinados fines, habitualmente de contenido económico, como pudieran ser el disfrute de derechos sucesorios o de cualquier clase de prestación que traiga causa de las relaciones paternofiliales. Sin olvidar tampoco que en el supuesto de una adopción internacional pueden obtenerse también otro tipo de ventajas de contenido ciertamente relevante, particularmente por lo que respecta al sector de la nacionalidad¹⁷.

24. Tras haber estudiado los argumentos a favor y en contra de la adopción de mayores de edad en supuestos internacionales, cabría plantearse si, aún “depurando” las normas aplicables a los menores de edad, resultaría posible la constitución por las autoridades españolas y conforme a la ley española de una adopción internacional de un mayor de edad o emancipado fuera de los supuestos cubiertos por el art.175.2 Cc, habida cuenta que el ordenamiento jurídico español no contempla otras hipótesis en las cuales sea posible la adopción de mayores de edad o menores emancipados. A tal fin, se llevará a cabo el estudio del AAP Granada 14 septiembre 2018.

II. Problemas que suscita la constitución en España de una adopción internacional de un mayor de edad o menor emancipado. Análisis del AAP de Granada de 14 de septiembre de 2018

1. Planteamiento general

25. Con carácter previo, parece oportuno desarrollar las líneas generales del régimen previsto en la LAI para la constitución de una adopción internacional ante las autoridades españolas. A este respecto, conviene comenzar comentando los criterios de competencia judicial internacional, para lo

regula en Derecho español, como eran los catorce años. Vid. G. GARCÍA CANTERO, “La adopción de mayores de edad”, *Actualidad Civil*, 1998, Ref. XLI, pág. 993, tomo 4, Editorial La Ley, así como, M.D. ARIAS DÍAZ, “La adopción de mayores de edad (A propósito del Auto de 9 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Jaén)”, *Diario La Ley*, 1998, Ref.º D-290, Tomo 6.

¹⁴ Sobre este particular, Vid. M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, Civitas, 1989, p.p.130-131.

¹⁵ García Cantero explica las posibles finalidades de la adopción de mayores de edad, destacando que con la vigente regulación resulta alterada la razón de ser de la institución adoptiva, considerada en la actualidad como una medida de integración familiar, toda vez que lo que avala es una convivencia más o menos dilatada en el pasado, en lugar de tener en cuenta las posibilidades de vida futura del adoptado. A su vez, el mencionado autor hace notar que hay quien califica este tipo de adopciones como “adopciones directas”, en tanto que se presentan como un procedimiento para soslayar la intervención de la Administración y se desarrollan como un negocio jurídico de Derecho de familia eminentemente privado. Vid. G. GARCÍA CANTERO, *op.cit.*

¹⁶ En todo caso, ante una adopción de una persona mayor de edad o menor emancipado, el Juez que constituya la adopción no sólo habría de comprobar que el supuesto quede cubierto por el ámbito de aplicación del art.175.2 Cc, sino que, igualmente, debería valorar si la adopción redundaba en interés del adoptado, en cumplimiento de lo dispuesto en el art.176.2 Cc, siendo éste el momento en el que tendría que verificar la existencia de un posible ánimo espurio o intención fraudulenta en el fin pretendido por las partes. De este modo, el Juez habría de denegar la constitución de la adopción interesada tanto si no cumple con lo previsto en el art.175.2 Cc como si, aun cumpliéndose, se acredita que la misma no tiene en cuenta el interés del adoptado y en particular, si se demuestra la concurrencia de un propósito de constituir una adopción ficticia. A este respecto, Vid. G. GARCÍA CANTERO, *op.cit.*

¹⁷ Ténganse en cuenta que si el adoptado es mayor de edad siempre podrá optar por la nacionalidad española en los términos previstos en el art.19.2 Cc.

cual hay que situar el punto de partida en el art. 9 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), que indica que, en defecto de Tratados y otras normas internacionales, la competencia se determinará a través de los foros de la LOPJ. En materia de adopción internacional, el art. 22. *quáter* e) LOPJ¹⁸, expresamente, atribuye competencia judicial internacional a los Tribunales españoles en los supuestos regulados en la LAI, a lo que se suma que la misma LJV, en su artículo 41 reenvía nuevamente a las reglas de la LAI.

26. En concreto, la competencia judicial internacional para la constitución de adopción en supuestos internacionales se contempla en el art.14 LAI, que atribuye competencia a los Tribunales españoles para constituir la adopción cuando el adoptando o el adoptante sean españoles o tengan su residencia habitual en España. La nacionalidad y residencia se tomarán en consideración en el momento del inicio del expediente administrativo de adopción, es decir, cuando tenga lugar “la presentación del ofrecimiento¹⁹ para la adopción a la Entidad Pública.”

27. Respecto a los foros de competencia judicial internacional de la LAI, cabría apuntar que existen supuestos en los que no interviene la Entidad Pública competente, en tanto que no es precisa la propuesta administrativa previa, cuales son los previstos en el art.176.2 Cc., en cuya circunstancia cuarta se recogen las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas. En estos casos, lo lógico será apreciar la nacionalidad o residencia habitual del adoptante o del adoptando en el momento de presentar la solicitud de adopción que dará inicio al expediente de adopción en el Juzgado de Primera Instancia.

28. Entrando ya en el examen del sector de la ley aplicable, en primer lugar, tratándose de una adopción internacional de un mayor de edad, hay que puntualizar que la mayoría de edad no está fijada de igual forma en todos los ordenamientos jurídicos. Por esta razón, habrá que tener muy presente que, de conformidad con el art.9.1 Cc, será la ley personal del adoptado, o lo que es lo mismo, su ley nacional, la que, en todo caso, determinará cuando éste puede ser considerado mayor o menor de edad.

29. Sin embargo, no puede desconocerse que, tras la reforma efectuada por la Ley 26/2015²⁰, la constitución de la adopción internacional por las autoridades españolas sólo puede regirse por la ley sustantiva española, con arreglo a lo dispuesto en el art.18 LAI²¹, aunque cabe dar entrada a una ley extranjera en los supuestos previstos por los art.19 y 20 LAI. En este sentido, el art.19.1 LAI dispone que la capacidad del adoptando quedará sujeta a su ley nacional, tanto cuando 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. Es evidente que ésta última circunstancia sólo puede darse en el supuesto de que el adoptante sea extranjero o aun siendo español, el adoptando tenga una edad superior a los dieciocho años, pues, en este caso, éste no adquiere la nacionalidad española de origen desde la adopción (art.19.1 Cc).

30. De cumplirse con lo dispuesto en el art.19.1 LAI, puede perfectamente ocurrir que la ley nacional del adoptando permita la adopción de mayores de edad o menores emancipados fuera de los su-

¹⁸ Este precepto fue añadido por el artículo único 8 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE-A-2015-8167).

¹⁹ El Artículo Tercero Quince de la Ley 26/2015 modifica el apartado 2 del artículo 14, sustituyendo la expresión “solicitud de adopción”, del texto original, por la de “ofrecimiento para la adopción.” El Considerando V de la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 justifica el cambio de terminología en que “se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción”.

²⁰ Debe recordarse que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29/07/2015), suprimió el art.21 LAI y con ello, la posibilidad de constituir en España una adopción conforme a una ley extranjera.

²¹ Respecto al sector de la ley aplicable, salvo lo dispuesto en la normativa internacional vigente en nuestro país, el art.10 LJV ordena aplicar las normas de Derecho Internacional Privado español, previsión ésta que se puntualiza el art.41 LJV, al dirigir en materia de adopción internacional al art.9.5 Cc y a la LAI. Obsérvese, igualmente, que el vigente art.9.4 Cc remite al art.9.5 Cc para determinar la ley aplicable al establecimiento de la filiación adoptiva y éste, a su vez, envía a las normas contenidas en la LAI.

puestos específicamente previstos en la legislación española (art.175.2 Cc), a pesar de lo cual, no habría problema para constituir una adopción de este tipo en nuestro país²². En este punto, debe advertirse que la aplicación de la ley nacional del adoptando es imperativa, si concurren los presupuestos exigidos por el art.19.1 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 adoptado. 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, como es el caso de la prohibición del art.175.2 Cc²³.

31. Ahora bien, también hay que tener en cuenta que el párrafo segundo del art.19 LAI matiza la previsión del párrafo anterior, en tanto que establece que únicamente procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando “cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando.” Se pone en evidencia aquí el propósito del legislador español de evitar la constitución de adopciones claudicantes, es decir, válidas en España, pero ineficaces en otro país igualmente vinculado con la situación, todo lo cual resulta acorde con el propio Preámbulo de la LAI, del cual se desprende el interés del legislador por favorecer la mayor validez internacional de las adopciones constituidas en nuestro país.

32. En todo caso, aun resultando de aplicación la ley extranjera a los requisitos de capacidad del adoptando, no debe desconocerse que pueden operar restricciones derivadas de la excepción del orden público internacional. En este sentido, cabría objetar aquí que la Jurisprudencia ha invocado las prohibiciones del art.175 Cc vía excepción de orden público internacional, tal y como parece desprenderse de alguna resolución judicial²⁴.

33. Aun con todo, podría alegarse que en el supuesto de que determinados aspectos de la adopción o la adopción misma, deban regirse por una ley extranjera, si dicha ley resultase alejada de nuestro país, sería bastante improbable que el orden público internacional español se viese afectado. Más todavía, también sería posible argumentar que la propia LAI ha introducido en el art.23 una excepción específica de orden público internacional, que, además, acoge la teoría del orden público internacional de proximidad, habida cuenta que, para que opere de forma plena la excepción de orden público internacional y como consecuencia, sea posible excluir la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto, el citado precepto exige que la adopción de que se trate presente una vinculación mínima con nuestro país.

34. Sin embargo, a este respecto, cabría precisar algunas cuestiones de interés. Así, la cláusula de orden público que contiene el art.23 es bastante más restringida que la prevista en el art.12.3 Cc, desde el momento en que únicamente entra en juego cuando se ve dañado un principio tan básico de la

²² En apoyo de esta tesis, aunque se trate de una resolución anterior a la vigencia de la LAI, cabe citar como ejemplo el AAP Cádiz (Secc.6^a, Ceuta), núm. 12/2006, de 3 de marzo (JUR 2006\241802), relativo a la adopción de un mayor de edad de nacionalidad marroquí, en el cual, pese a reconocer que no han quedado acreditada la convivencia que requiere el art.175.2 Cc, hace hincapié en que, tratándose de una adopción en la que está presente un elemento extranjero, es necesario acudir a la norma de conflicto correspondiente, en el caso que nos ocupa, el art.9.5 Cc, que si bien contempla como regla general que la adopción constituida por los tribunales españoles ha de regirse por el Derecho español, establece como excepción, la aplicación de la ley nacional del adoptando para todo lo relativo a su capacidad y consentimientos, cuando, aun residiendo en territorio español, aquél no adquiriera en virtud de la adopción la nacionalidad española. Finalmente, la AP de Cádiz deniega la constitución de la adopción, no estrictamente porque la misma no cumpla con los presupuestos del art.175.2 Cc, sino porque la ley marroquí, que gobierna la capacidad del adoptando, desconoce la institución de la adopción.

²³ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.p.130 y 131

Por otro lado, debe hacerse notar la diferente redacción que la LAI otorga a los artículos 18 y 19, de manera que este último, al referirse a la ley nacional del adoptando, ya no incorpora el adjetivo “sustantiva”, dejando abierta la posibilidad del reenvío. En relación con esta cuestión, resulta claro que la aceptación del reenvío a la ley española, único admitido por el ordenamiento jurídico español, conforme al art.12.2 Cc, conduciría a la aplicación del art.175.2 Cc, dado que la capacidad del adoptado se regirá entonces por lo previsto en la ley material española.

²⁴ Sirvan de ejemplo, entre otras, la SAP Barcelona (Sección 12^a), de 28 de febrero de 1997 (AC 1997\317) y el AAP Barcelona (Sección 18^a) núm. 91/2005 de 12 mayo (JUR 2005\173458).

sociedad española como es el de interés del menor. Luego, atendiendo a la anterior argumentación, es más que evidente que el art.23 LAI no resulta operativo en los casos de adopciones de mayores de edad o menores emancipados, dada la específica referencia al interés del menor que el mismo contempla²⁵.

35. No obstante, parte de la doctrina considera que, en ocasiones, se confunde el mecanismo del orden público internacional con la vulneración de una prohibición establecida en una disposición imperativa o de aplicación inmediata, de nuestro ordenamiento jurídico, que no es posible eludir, cualquiera que sea la ley reclamada por la norma de conflicto, dado que este tipo de normas no tienen en cuenta el carácter internacional de la situación y se aplican a toda relación jurídica que se plantee en el contexto del foro. Así, ciertos autores afirman que resulta cuestionable que las prohibiciones relacionadas con la capacidad del adoptando recogidas en el art.175 Cc puedan ser invocadas mediante la excepción de orden público internacional²⁶.

36. A la vista de las consideraciones anteriores, quizás sería más acertado entender que la disposición que contiene el art.175.2 Cc, en tanto que no parece conculcar ningún principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, bien pudiera ser considerada, no ya como una norma de orden público internacional, sino más concretamente como una norma de orden público interno, es decir, como una norma de Derecho Privado que no puede ser derogada por la autonomía de la voluntad de las partes, pero que, sin embargo, pueden ser perfectamente desplazada por el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto de Derecho Internacional Privado español.

2. Reflexiones sobre el AAP de Granada de 14 de septiembre de 2018

37. La resolución estudiada resuelve un recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado en primera instancia, por el cual se denegaba la constitución de la adopción de una persona mayor de edad y que también fue impugnado por el Ministerio Fiscal. Tanto el adoptante como la adoptanda residían en España en el momento de la solicitud, si bien el primero ostentaba la nacionalidad española, mientras que la adoptanda era nacional argentina. La adoptanda había otorgado su consentimiento a la adopción, era hija de la pareja de hecho del adoptante, ya fallecida, y existía convivencia previa entre ambos desde que aquélla tenía tres años de edad, motivo por el cual, el Ministerio Fiscal no se opuso a la constitución de la adopción.

38. El Juez de instancia, habida cuenta la residencia habitual en España de las partes, reconoció su competencia para decretar la adopción y dejó sentado que se cumplían las exigencias previstas en la ley española para la adopción. Sin embargo, deniega su constitución, con fundamento en que no se acreditaron las normas del Derecho argentino, que resulta aplicable en función de la nacionalidad del adoptante (más arriba se dice que es español) y de la adoptanda.

39. Por su parte, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, sobre la base de lo dispuesto en los arts.18 y 19 LAI y en consecuencia, entiende que debe admitirse la solicitud de adopción, atendiendo a la prueba practicada, junto con la existencia de convivencia previa entre las partes y su residencia en España, que resulta determinante para fijar la competencia de los tribunales españoles y la legislación aplicable.

41. Considerando los datos que se desprenden de la resolución comentada y poniéndolos en relación con lo explicado en los epígrafes anteriores, nada hay que objetar a la determinación de la

²⁵ Por ende, la cláusula de orden público internacional que resultaría, en su caso, aplicable sería la genérica prevista en el art.12.3 Cc, que no solamente no contiene una referencia explícita al orden público internacional de proximidad sino que se encuentra redactado de forma tal que no parece permitir ninguna excepción, aunque, también es cierto que la doctrina ha admitido la posibilidad de modular o flexibilizar la aplicación de esta excepción en función del grado de vinculación de la situación con nuestro país.

²⁶ Vid. E. PÉREZ VERA, y otros, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Madrid, Colex 2010, págs.163-164.

competencia a favor de los Tribunales españoles, toda vez que en el supuesto examinado el adoptante y la adoptanda residen en España y en consecuencia, se cumplen los criterios del art.14 LAI, si bien ni el Juzgado de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial fundamentan expresamente sus razonamientos en el mencionado precepto.

42. Del mismo modo, de las circunstancias que se relacionan en el Auto estudiado, parece deducirse que el Juzgado de Primera Instancia considera que concurren los requisitos para la constitución de la adopción de una persona mayor de edad previstos en la ley española. Ahora bien, el Juez “a quo” aún sin apoyar sus razonamientos en normativa legal alguna, sostiene que la adopción se rige por la ley argentina, según se dice, por ser la ley nacional de ambas partes, pero, sin entrar a valorar si dicho ordenamiento jurídico permite la adopción de mayores de edad, habida cuenta que deniega la adopción porque no se ha probado del Derecho extranjero²⁷.

43. Por tanto, parece que el Juez de instancia ha pasado por alto que la Ley 26/2015 ha suprimido la distinción entre adopción regida por la ley española y adopción regida por la ley extranjera, al haber eliminado el art.21 LAI, que figuraba en el texto original de la LAI. De este modo, en la actualidad, como ya se ha estudiado, sólo existe la posibilidad de que la adopción de autos se constituya conforme a la ley sustantiva española, en virtud del art.18 LAI. Más aún, cuando la adoptanda tiene su residencia habitual en España al tiempo de la adopción. El ámbito de aplicación de la ley argentina se reduce en este caso únicamente a la capacidad de la adoptanda, con arreglo al art.19.1 LAI. Esto es así porque, aunque reside en España, la adoptanda es mayor de edad y en consecuencia, no adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción, lo que motivará que su capacidad se gobierne por su ley nacional.

44. Estos argumentos parecen haber sido acogidos en sede de apelación por la Audiencia Provincial, al estimar el recurso, en tanto que se remite a los arts.18 y 19 LAI, los cuales transcribe. Sin embargo, en este punto, es preciso observar que el Tribunal “ad quem” no menciona en ningún momento que deba aplicarse la ley argentina, ni tan siquiera en lo relativo a la capacidad de la adoptanda, nacional argentina, y por ende, obvia el tema de la prueba del Derecho extranjero, que, recuérdese, motivó la denegación de la constitución de la adopción por el Juzgado de Primera Instancia. De aquí se infiere que la Audiencia Provincial prescinde de la aplicación de la ley extranjera, que, no se olvide, en principio, es imperativa, si bien, podría descartarse con fundamento en el apartado 2 del art.19 LAI, de juzgar el Tribunal que no favorece la validez de la adopción en Argentina, país del cual es nacional la adoptanda.

45. Por consiguiente, la Audiencia Provincial resuelve que la adopción se supedita exclusivamente a lo dispuesto en la ley española, de ahí que no resulte extraño que acuerde su constitución, sobre la base de la existencia de una convivencia previa entre el adoptante y la adoptanda, desde que ésta tenía tres años de edad, toda vez que concurren los requisitos del art.175.2 Cc. que requiere que dicha convivencia sea de, al menos, un año y haya tenido lugar, inmediatamente antes de la emancipación.

III. Conclusiones

46. No cabe duda de que, hoy día, el legislador español concibe la institución adoptiva como una medida específicamente dirigida a la protección de los menores de edad, tanto por lo que respecta a la adopción nacional como en relación con la adopción en supuestos internacionales. Pese a ello, lo cierto es que, desde la perspectiva del Derecho sustantivo, tanto el art.175.2 del Código Civil como el art. 235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña, permiten las adopciones de mayores de edad o me-

²⁷ Recuérdese que en lo relativo a la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, el art.33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE-A-2015-8564) remite a las normas de la LEC y demás disposiciones aplicables en la materia. En este sentido, de los arts. 281 y 282 LEC se colige que el contenido y vigencia del Derecho extranjero deberá probarse a instancia de parte, el tribunal puede utilizar cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

nones emancipados en casos excepcionales. Ahora bien, en lo referente a las adopciones internacionales, a diferencia de lo que ocurre en el CHA 1993, que excluye expresamente las adopciones de mayores de dieciocho años, el texto de la LAI no contiene previsión alguna que excluya explícitamente la adopción internacional de mayores de edad o menores emancipados. Como tampoco indica si el término “menor” comprende a los niños hasta los dieciocho años de edad o depende de lo previsto en la ley personal del adoptando, establecida de conformidad con el art.9.1 Cc.

47. Vistos los interrogantes que suscita el texto de la LAI y en aras de encontrar una respuesta a la pregunta de si es posible constituir una adopción de una persona mayor de edad o emancipada ante las autoridades españolas, se ha examinado la regulación de la adopción internacional en la LAI, en especial, por lo que se refiere a su ámbito de aplicación material y a las normas de Derecho Internacional Privado sobre competencia judicial internacional y ley aplicable. Asimismo, se han analizado los preceptos de Derecho sustantivo contenidos en el Código Civil relativos a la adopción de mayores de edad y menores emancipados. De todo ello, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones:

48. Primera: No existe fundamento legal alguno que permita deducir que la adopción internacional de mayores de edad o menores emancipados, se encuentre fuera del ámbito de aplicación material de la LAI. Más aún, a este respecto, es posible realizar estas afirmaciones:

- 1^a) Considerando la norma en su conjunto y poniendo en relación las distintas disposiciones de la ley, se ha podido constatar que, tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, son dos las definiciones de adopción internacional que pueden extraerse de la LAI: una, partiendo del art.1.2 LAI, a los efectos del Título I, y otra, principalmente, con fundamento en el art.1.1 LAI, en relación con las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado, reguladas en el Título II.
- 2^a) Acerca de las normas de Derecho Internacional Privado, el art.1.1 LAI distingue entre adopción y otras medidas de protección de menores en las que exista un elemento extranjero, de donde se desprende que, a estos efectos, la LAI 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.

49. Segunda: A pesar de las numerosas referencias a los menores en diferentes preceptos de la LAI, cabe sostener que, ante una adopción de una persona mayor de edad o de un menor emancipado, lejos de descartar la aplicación de aquellos preceptos que hacen alusión expresa a los menores, lo más correcto sería proceder a su interpretación, integrando las posibles discordancias y lagunas, teniendo en cuenta las particularidades que presentan este tipo de adopciones. De este modo, se respetaría uno de los principios básicos, presente en la regulación de la institución adoptiva en nuestro país, cual es el de la integración familiar, toda vez que podrían prevenirse en mayor medida situaciones fraudulentas, entendidas como aquellas que tengan como única finalidad la obtención de otros beneficios distintos de la mera integración familiar. Y ello, por cuanto, permitiría verificar que la adopción de la persona mayor de edad o en su caso, de un menor emancipado, tiene lugar con las máximas garantías y bajo la más escrupulosa seguridad jurídica, más todavía si se va a constituir en España.

50. Tercera: En cuanto a la competencia judicial internacional, respecto a la constitución de una adopción internacional de un mayor de edad o menor emancipado, ha de interpretarse que el art.14 LAI fija los criterios de la nacionalidad española y de la residencia habitual en España, de adoptante o adoptando, en el momento de presentar la solicitud de adopción que dará lugar al expediente de jurisdicción voluntaria, que se tramitará ante el Juzgado de Primera Instancia. Ello, puesto que, obviamente, en este tipo de adopciones no procede la intervención de la Entidad Pública española competente en materia de protección de menores.

51. Cuarta: En orden al sector de la ley aplicable, tras la reforma efectuada por la Ley 26/2015, la adopción constituida por las autoridades españolas se regirá por la ley sustantiva española (art.18

LAI), motivo por el cual, podrá decretarse la adopción de una persona mayor de edad o de un menor emancipado en aquellos supuestos que cumplan con lo establecido en el art.175.2 Cc o en su caso, en la correspondiente norma autonómica procedente de una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio.

52. Quinta: Con independencia de que la constitución de la adopción se sujete a la ley española, tratándose de una adopción internacional de un mayor de edad, es posible dar entrada a la ley extranjera correspondiente a la ley nacional del adoptando, que gobernará los siguientes extremos:

- 1º) La mayoría de edad del adoptando, que dependerá de lo dispuesto por su ley personal, determinada con arreglo a su nacionalidad, en virtud del art.9.1 Cc.
- 2º) La capacidad del adoptando, que, conforme al art.19.1 LAI, quedará supeditada a lo dispuesto en su ley nacional, habida cuenta de que no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción, aun residiendo en nuestro país.

52. Sexta: El art.19.1 LAI es de aplicación imperativa y en consecuencia, si la ley nacional del adoptando permite la adopción de un mayor de edad o emancipado, los Jueces y Tribunales españoles deberán decretar su constitución, aun fuera de los excepcionales supuestos que contempla el art.175.2 Cc. Ello, con dos excepciones:

- 1ª) Que, con fundamento en el art.19.2 LAI, las autoridades españolas consideren que la aplicación de la ley extranjera correspondiente a la nacionalidad del adoptando no favorezca la validez de la adopción en el país del cual es nacional.
- 2ª) Que la ley designada por el párrafo primero del art.19 LAI resulte contraria al orden público internacional español, en los términos del art.23 LAI, sin que en este caso pueda descartarse la aplicación de la norma de conflicto por el mero hecho de que designe un Derecho extranjero que contrarie lo dispuesto en el art.175.2 Cc, habida cuenta que la constitución de la adopción no vulneraría por ello ninguno de nuestros principios fundamentales.

53. Séptima: El fallo del Auto de la Audiencia Provincial analizado parece acoger las tesis anteriores, toda vez que admite la solicitud de adopción sobre la base de los arts.18 y 19 LAI, y con fundamento en la existencia de una convivencia previa de las partes, que, aunque no se cita expresamente, cumple con los requisitos del art.175.2 Cc. No obstante, la motivación expuesta por la Sala es tan escueta y poco precisa, que no permite dilucidar cuál ha sido la razón que le ha llevado a aplicar en exclusiva la ley española, sin valorar tan siquiera la aplicación de la ley extranjera en lo relativo a la capacidad de la adoptanda, de nacionalidad argentina y en su caso, la oportunidad de descartarla en función de que conduzca o no a una resolución claudicante. No se olvide aquí que la exigencia de motivar las resoluciones judiciales se encuentra vinculada con el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art.24 CE y está igualmente prevista en el art.120.3 CE.

54. Por consiguiente, más lógico hubiera sido que, en lugar de limitarse a copiar de forma literal los arts.18 y 19 LAI, el Tribunal hubiera expresado los razonamientos jurídicos que le llevaron a tomar la determinación de no aplicar la ley argentina, reguladora de la capacidad de la adoptanda. Más aún, cuando, como se ha indicado más arriba, el art.19.1 LAI constituye una norma imperativa, que sólo puede descartarse en virtud de su párrafo segundo o de la cláusula de orden público internacional del art.23 LAI, extremos éstos sobre los cuales la Audiencia Provincial tampoco se ha pronunciado.

CIRCUNSTANCIAS QUE IMPIDEN O CONDICIONAN LA ADOPCIÓN: EL ALCANCE DE LA DENOMINADA “CLÁUSULA CHADIANA”

CIRCUMSTANCES THAT PREVENT OR CONDITION THE ADOPTION: THE SCOPE OF THE SO-CALLED “CHADIAN CLAUSE”

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO
Profesora Ayudante Doctora
Universidad San Jorge

YERAY ROMERO MATUTE
Profesor Colaborador
Universidad San Jorge

Recibido: 09.01.2019/ Aceptado: 16.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4665>

Resumen: A raíz del caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé” y su tentativa de traslado ilícito a Francia de 103 menores, supuestamente huérfanos de la guerra del Chad, el legislador español incorporó en el art.4 LAI la denominada “cláusula chadiana”. Se trata de una serie de condiciones que inciden en la tramitación de la adopción y que sólo vinculan a las autoridades españolas. No obstante, cabe preguntarse si tales circunstancias pueden repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto.

Palabras clave: “cláusula chadiana”, Ley de Adopción Internacional, adopción internacional.

Abstract: Following the case of the French NGO “Zoé’s Ark” and its attempted illicit transfer to France of 103 children, supposedly orphans of the Chadian war, the Spanish legislator incorporated into the art.4 LAI the so-called “chadian clause”. This is a series of conditions that affect the processing of adoption and are linked to the Spanish authorities. However, it is questionable whether the circumstances can also affect the sector of the effectiveness of adoptions constituted by the authorities of a country to which one of the prohibitions or conditions provided in this precept.

Keywords: “chadian clause”, The Intercountry Adoption Act, intercountry adoption.

Sumario: I. Introducción. II. El art.4.2.a) LAI. Generalidades. III. ¿Pueden las circunstancias del art.4.2.a) LAI repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país extranjero respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto? 1. Supuesto nº1. 2. Supuesto nº2. 3. Supuesto nº3. 4. Otras circunstancias que influyen en la aplicación del art.4.2 a) LAI en sede de reconocimiento de una adopción extranjera. IV. ¿Es posible extender las condiciones del art.4.2.a) LAI al proceso de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción regida por el Derecho español? V. Conclusiones finales.

I. Introducción

1. El punto de partida de este trabajo se sitúa en el caso de la ONG francesa “El Arca de Zoé”, que, a finales del año 2007, tenía previsto trasladar a Francia, para su posterior adopción, a ciento tres menores, supuestamente huérfanos, procedentes de la región sudanesa de Darfur, pero que, en realidad, en su mayor parte, ni eran huérfanos, ni tan siquiera sudaneses, sino chadianos¹. Este suceso tuvo una gran repercusión en España, pues el avión en que se iba a efectuar el traslado de los niños y su tripulación eran españoles².

2. Con la finalidad de prevenir conductas como la descrita, que constituyen un ejemplo claro de tráfico internacional de menores³, nuestro legislador, aprovechando que en aquel entonces se estaba tramitando la Ley de Adopción Internacional, decidió incorporar un precepto que impidiese la tramitación de la adopción internacional cuando el país de la residencia habitual del adoptando se encontrase en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. Esta previsión se conoce como “cláusula chadiana” y en la versión actual de la LAI, dada por la Ley 26/2015, está situada en el art.4.2. a)⁴.

3. Del tenor literal del art.4.2.a) LAI se desprende que las circunstancias enunciadas sólo vinculan a las autoridades españolas⁵ durante el proceso de tramitación de las solicitudes u ofrecimientos para la adopción. No obstante, cabe preguntarse acerca de cuál es el alcance de la denominada “cláusula chadiana” y en este sentido, surgen dos interrogantes, que se abordarán a lo largo del presente trabajo:

- 1º) ¿Pueden las circunstancias del art.4.2.a) LAI repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país extranjero respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto?
- 2º) ¿Es posible extender las condiciones del art.4.2.a) LAI al proceso de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción regida por el Derecho español?

4. Con carácter previo a dar respuesta a estas dos cuestiones, parece oportuno explicar algunas particularidades de la “cláusula chadiana”.

II. El art.4.2.a) LAI. Generalidades

5. Comenzando por la versión original de este precepto, hay que señalar que el texto del Anteproyecto y del Proyecto de Ley de Adopción internacional coincidían tanto con el del art.4.1.a) de la Ley 54/2007, como con el actual art.4.2.a)⁶. No obstante, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, por parte del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-ICV, se formuló una enmienda en la que se proponía reemplazar la expresión "No se tramitarán solicitudes" por esta otra: "Las Entidades Públicas competentes podrán suspender la tramitación"⁷. Resulta oportuno resaltar este detalle porque del tenor literal de la enmienda parece deducirse que la suspensión de la tramitación de

¹ Vid. https://elpais.com/diario/2007/11/06/internacional/1194303604_850215.html

² Vid. <https://www.20minutos.es/noticia/1728971/0/ong-arca-zoe/condenados-carcel/sacar-ninos-chad/>

³ Se puede hablar incluso de compraventa de menores, toda vez que las familias llegaron a pagar a la ONG sumas de entre 2.800 y 6.000 € por los niños africanos. Vid. <https://www.20minutos.es/noticia/1728971/0/ong-arca-zoe/condenados-carcel/sacar-ninos-chad/>

⁴ La versión original de la LAI, dada por la Ley 54/2007, recogía la denominada “cláusula chadiana” en el art.4. 1. a)

⁵ A este respecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González entienden que el art.4 LAI obliga a las autoridades españolas, tanto administrativas como judiciales, pero, nunca a las extranjeras.. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007, sobre adopción internacional. (Reflexiones y condiciones)*, Granada, Comares, 2008, p.53

⁶ La única diferencia estriba en que la Ley 26/2015 cambió el término “solicitudes” por el de “ofrecimientos” para la adopción.

⁷ Se trata de la enmienda nº27 de las presentada en el Congreso de los Diputados. Vid. B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 noviembre, 2007, Núm. 143-11.

las adopciones en los supuestos recogidos en el art.4.1, incluido el apartado a), estaría pensada únicamente, con carácter preventivo, para la fase administrativa, previa a la constitución de la adopción, en la que intervienen las Entidades Públicas de las distintas Comunidades Autónomas con competencias en esta materia⁸. Más adelante, se volverá a tratar esta cuestión.

6. En cuanto a la denominada “cláusula chadiana”, recogida en la actualidad en el art.4.2.a) LAI, tiene por objeto evitar el tráfico de menores, aprovechando el caos que se produce cuando hay un conflicto bélico o una catástrofe natural, al impedir la tramitación de adopciones internacionales de menores respecto de los que no ha quedado plenamente determinado que se hallen en situación de adoptabilidad⁹.

7. Son dos los datos a tomar en consideración para que opere esta prohibición: que el adoptando ostente la nacionalidad de otro país o que tenga su residencia habitual en otro Estado. En relación a la primera de las consideraciones, un sector doctrinal ha criticado que la regulación que incorpora el art.4 puede resultar inadecuada para aquellos casos en los cuales el menor ya reside en nuestro país y por tanto, no se va a producir su desplazamiento a España desde su Estado de origen¹⁰. Del mismo modo, se ha dicho que el citado artículo parece dejar fuera a los menores apátridas, que no ostentan la nacionalidad de ningún país, motivo por el cual, a su juicio, hubiera sido más correcto referirse a “menores no españoles” o “menores extranjeros”. En cualquier caso, consideran estos autores que los apátridas han de entenderse comprendidos en el ámbito de aplicación del art.4.2.a) LAI.¹¹

8. Por otra parte, puede suceder que el adoptando sea nacional del país que se encuentre inmerso en guerra o en un desastre natural y que, además, tenga en el mismo su residencia habitual¹², en cuyo caso, la prohibición del art.4.2.a) LAI resultará plenamente operativa. Ahora bien, no puede perderse de vista que este artículo pretende prevenir que los menores sean trasladados de forma ilícita fuera del país donde tienen su residencia habitual con el fin de favorecer una falsa adopción. De ahí que no resulte relevante ni la nacionalidad del adoptando ni que el menor se encuentre en España en el momento de formalizar la solicitud de adopción¹³. Esto es así, puesto que lo determinante para que entre en juego el art.4.2.a) LAI es que el menor tenga su residencia habitual en el país extranjero en el que se produce el conflicto bélico o el desastre natural cuando se den cualquiera de esas dos circunstancias. Ello, con independencia de que sea o no nacional de dicho Estado, y en tanto no se haya constatado que el adoptando

⁸ Incluso en la justificación a su enmienda, el Grupo Parlamentario Izquierda Unidad-ICV parte de la base de que el art.4.1 del Proyecto hace referencia a “la tramitación en una serie de supuestos que exigen una valoración previa por parte de la Entidad pública competente”. Vid. B.O.C.G. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 noviembre, 2007, Núm. 143-11.

⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.54-55, así como A. DURÁN AYAGO, “El nuevo marco normativo de la adopción internacional en España”, E. LLAMAS POMBO, *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Editorial La Ley, 2009. En esta última obra se pone como ejemplo los casos de suspensión de las adopciones con países tales como Haití, Kazajstan y República del Congo.

¹⁰ A este respecto, Vid. R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional: Entre la realidad y el deseo”, *REEI*, núm. 17, junio 2009. Ténganse en cuenta igualmente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618, así como S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39-69, donde se critica la redacción de este precepto, hasta el punto de proponer que se haga una “relectura” del mismo, a fin de evitar que se impida la adopción de un menor extranjero que tenga en España su residencia habitual.

¹¹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.57.

¹² Este sería el caso de una pareja española que solicita la adopción de un menor nacional y residente habitualmente en Sudán del Sur, país que durante cinco años ha vivido inmerso en una guerra civil, en la cual miles de niños se han visto separados de sus allegados. Es obvio que en tales circunstancias no resultaría fácil determinar si los progenitores del adoptando o alguien de su familia extensa, están todavía vivos e incluso, lo están buscando. Por tanto, no podría verificarse si el menor se encuentra en situación de adoptabilidad y para evitar dar cobertura a un supuesto de tráfico de menores, se activaría la “cláusula chadiana” y no sería posible la tramitación del procedimiento de adopción de este menor.

¹³ Vid. R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007...cit.”

sea adoptable¹⁴. Este impedimento subsiste incluso después de finalizadas las situaciones extraordinarias mencionadas en el art.4.2.a) LAI, mientras no se verifique la adoptabilidad del menor¹⁵.

9. Por conflicto bélico ha de entenderse “todo enfrentamiento violento duradero”, incluyendo las guerras civiles. Asimismo, la expresión “desastre natural”, empleada por la LAI, cubre aquellas catástrofes con origen en la propia Naturaleza, que coloquen a un país en una situación de caos e inestabilidad¹⁶.

10. En último término, hay que recuperar una cuestión que se ha dejado apuntada al explicar la enmienda planteada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unidad-ICV, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Adopción Internacional. En este punto, a lo ya expuesto, debe añadirse que el art.4.2.a) se sitúa en el Título I de la LAI, fundamentalmente dedicado a la fase administrativa de la adopción¹⁷, de donde parece deducirse su aplicación durante dicha fase del procedimiento, con carácter preventivo, a fin de evitar la constitución de la adopción¹⁸. Junto a ello, hay que señalar que ninguna de las extraordinarias circunstancias que se incluyen en la “cláusula chadiana” aparecen específicamente referenciadas en las normas de Derecho Internacional Privado del Título II de la LAI. Este dato resulta de especial interés para dilucidar la posible aplicación de la prohibición del art.4.2. a) LAI al sector de la validez extraterritorial de decisiones o en orden a una posterior conversión de una adopción simple conforme a lo previsto en el art.30.4 LAI.

11. Seguidamente, se abordarán estas dos posibilidades, respondiendo a las dos preguntas que se han dejado formuladas al principio del presente trabajo.

III. ¿Pueden las circunstancias del art.4.2.a) LAI repercutir igualmente en el sector de la eficacia de las adopciones constituidas por las autoridades de un país extranjero respecto del cual rige una de las prohibiciones o condicionamientos previstos en este precepto?

12. Sobre este particular, en primer lugar, debe recordarse que el régimen de los arts.25-31 LAI opera únicamente en defecto de norma internacional que regule la cuestión, en particular, por lo que se refiere a Convenios bilaterales suscritos en materia de adopción internacional por el Estado español con otros países y muy especialmente, el Convenio de La Haya de 1993.

13. En segundo término, también hay que tener en cuenta que la LAI regula de forma separada el reconocimiento de las adopciones extranjeras plenas, cuyos efectos se corresponden con la adopción española (art.26 LAI), de la eficacia de las adopciones simples o no plenas constituidas por autoridades extranjeras (art.30 LAI).

¹⁴ Puede consultarse, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.56-58. Estos autores opinan que podría aplicarse por analogía la “cláusula chadiana” incluso si fuese España el país en conflicto bélico o en el que haya sucedido una catástrofe natural. Vid igualmente, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, N^o. 1, 2011, p.198. Del mismo modo, téngase en cuenta, A. DURÁN AYAGO, “El nuevo marco normativo...cit”. Esta última autora opina que, si el menor se encuentra en nuestro país, las autoridades españolas deberán realizar averiguaciones para acreditar la situación del menor y en su caso, encontrar a su familia, procediendo a su reagrupación o a obtener los consentimientos necesarios, en los casos en que ello sea posible, a fin de que la adopción se constituya con todas las garantías.

¹⁵ Aquí, puede servir como ejemplo el de una pareja española que solicita la adopción de un menor nacional de Kenia, quien tenía su residencia habitual en Sudán del Sur cuando estalló el conflicto bélico en dicho país, pero, que en el momento de la solicitud de la adopción reside ya en España. En este caso no resultan determinantes en orden a la aplicación del art.4.2.a) LAI ni la nacionalidad del menor ni su residencia actual en España. Sí que es relevante que cuando se originó la guerra en Sudán del Sur el adoptando tenía allí su residencia habitual y no fue posible establecer si el niño era adoptable. Por consiguiente, concurre una de las circunstancias que impiden la tramitación de la adopción, conforme al art.4.2.a) LAI. En apoyo de los anteriores razonamientos, Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.58.

¹⁶ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.59-60.

¹⁷ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones...cit”, p.199.

¹⁸ A esto se añade que la encargada de constatar la presencia de alguna de las circunstancias del art.4.2. a) y por tanto, si procede la suspensión de las adopciones con un determinado país, es la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, conforme al art.4.3 LAI.

14. Para una mejor comprensión de la cuestión, vamos a partir de distintos supuestos prácticos.

1. Supuesto nº1

15. *Un matrimonio de cooperantes españoles se encuentra en Indonesia, donde se ha producido un fuerte terremoto y un tsunami de graves consecuencias y que ha causado miles de muertos. La pareja formaliza en dicho país una adopción cuyos efectos resultan equivalentes a los de la adopción española, respecto de un menor huérfano (se ha constatado que sus padres han fallecido en el siniestro), y que se encuentra completamente desamparado. De vuelta a España, instan ante las autoridades españolas el reconocimiento de dicha adopción¹⁹.*

16. En este caso, tratándose de una adopción plena constituida por autoridades extranjeras, el art.26 LAI establece un triple control: control de la competencia de la autoridad de origen, control de adecuación con el orden público internacional español y control de equivalencia de efectos con la adopción española. De los tres controles el único en el que podría encontrarse cabida la prohibición del art.4.2.a) LAI sería el del art.26.1.2º LAI, que dispone que las autoridades españolas han de verificar que la adopción extranjera no vulnere el orden público internacional español. Para comprobar dicho extremo el citado precepto incorpora la tradicional doctrina de la DGRN²⁰, al considerar que infringen el orden público español las adopciones en las cuales no se ha respetado el interés del menor y en particular, si “se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación”²¹.

17. Está claro que en el supuesto planteado la adopción ha tenido lugar con pleno conocimiento de que los familiares que pudieran haberse hecho cargo del niño habían fallecido. Luego, atendiendo al art.26.1.2º LAI, ninguna vulneración del orden público internacional español se ha producido. Máxime, cuando la mera infracción del art.4.2.a) LAI no ha tenido ninguna consecuencia contraria al interés del menor, porque ha quedado acreditada la adoptabilidad del niño y por tanto, no nos encontramos ante un supuesto de tráfico internacional de menores. Antes al contrario, el recurso a la adopción, en este caso concreto, garantiza en mayor medida la protección de este menor, que, de otro modo, se encontraría abandonado, completamente desatendido y por tanto, en situación de desamparo²².

2. Supuesto nº2

18. *Una pareja española y con residencia habitual en España adopta a un menor residente en la República Democrática del Congo, país sumido no sólo en una larguísima guerra civil, sino que ha sido asolado por graves epidemias. La adopción se constituye por la competente autoridad congoleña y conforme a la ley de la RDC. No obstante, a cambio de emitir su consentimiento, los progenitores del*

¹⁹ La Profesora Mónica Herranz Ballesteros pone el siguiente ejemplo: “Una pareja de médicos españoles con residencia en Murcia deciden prestar sus servicios para una ONG que trabaja en Haití en la lucha contra la epidemia de cólera que se declaró tras el terremoto de enero de 2010. Durante su labor conocen a una menor en el orfanato donde trabajan y tras un año de residencia, deciden tramitar la adopción en dicho territorio. La constitución de la adopción se produce ante las autoridades de dicho Estado y el vínculo de filiación adoptiva queda válidamente establecido. Una vez finalizados todos los trámites, y en total habiendo residido dos años en Haití, la pareja vuelve a España con el propósito de volver a establecer su residencia en España y reconocer la adopción válidamente constituida en Haití. ¿Cuál será la suerte de la adopción teniendo en cuenta que se ha infringido la prohibición de tramitar adopciones con Haití de acuerdo con el artículo 4 apartado 1 de la LAI?”. Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones...cit”, p.212.

²⁰ Resolución -Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006. BOE., núm., 207, de 30 de agosto de 2006.

²¹ Sobre este particular, hay que precisar que existe otra prohibición específica en el art.4.2 c) LAI que impide la adopción cuando en el país de origen las prácticas y trámites de la adopción no respeten el interés del menor.

²² Concretamente, ésta es una de las críticas que se ha hecho a la previsión del art.4.2.a) LAI y en este sentido, se defiende que es, justamente, cuando un país está en guerra o en el mismo ha tenido lugar una catástrofe natural, el momento en el que hay que facilitar las adopciones, para evitar que los menores se encuentren en una condiciones de absoluta desprotección. De la misma manera se ha sostenido que, pese a ser esta la intención del legislador español, prohibiciones como la del art.4.2.a) no garantizan que se vaya a acabar con el tráfico internacional de niños. Vid. F.J. GARCIMANTÍN, “Haití, la ley de adopción internacional y Borges”, *Abogares. Blog InDret*, <http://www.abogares.com/?p=320>.

adoptado han recibido una suma de dinero que les garantizará la subsistencia, pese a las circunstancias del país. La pareja española solicita la inscripción en el RCE.

19. Aquí, hay que tener en cuenta que el art.27 LAI ordena al Encargado del RCE realizar un control incidental de la adopción extranjera, verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento previstas en los artículos 5.1.e), 5.1.f) y 26²³, muy en particular, por lo que se refiere a la comprobación de los informes emitidos por la autoridad del Estado de origen acerca de adoptabilidad del menor, así como sobre el otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la ley de dicho país.

20. Luego, a la vista de las circunstancias que rodean este caso concreto, dicha adopción, de ningún modo surtirá efectos en España, debido a que resulta contraria al orden público internacional español en los términos del art.26.1.2º LAI, pero, no por el sólo hecho de no cumplir con el art.4.2.a) LAI, que no se encuentra expresamente comprendido en el art.27 LAI.

21. Por consiguiente, el orden público internacional deberá operar de forma plena si la eficacia de la adopción extranjera comporta una violación manifiesta del núcleo duro de los principios fundamentales que conforman la estructura básica de la sociedad española. Esto sucederá si, como en el supuesto planteado, la institución no se hubiera constituido con las garantías necesarias y adecuadas para salvaguardar el interés del menor y el pleno respeto a sus derechos. No en balde, esta misma idea encuentra su reflejo en todos los textos internacionales que regulan la adopción, además de en la propia LAI, cuya Exposición de Motivos, junto a ello, refiere su propósito de evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de menores.

22. Consecuentemente con los argumentos anteriores, no cabe duda de que en escenarios como el de la ONG “El Arca de Zoé”, donde muchos de los niños eran trasladados sin el conocimiento y por tanto, sin el consentimiento de sus padres, se produciría una clara infracción de nuestro orden público internacional. Sin embargo, no es menos cierto que, fuera de estas situaciones, no se contraviene el orden público internacional español por el mero hecho de que la adopción extranjera se haya constituido respecto de un menor residente en un país que se encuentre en situación de conflicto bélico o sumido en una catástrofe natural. Luego, habrá que estar al caso concreto y verificar si se dan algunas de las circunstancias exigidas en el art.26.1.2º LAI para que opere la excepción del orden público internacional, sin que sea determinante a tal fin que se haya vulnerado la prohibición del art.4.2.a) LAI²⁴.

3. Supuesto nº3

23. *Un matrimonio español y con residencia habitual en nuestro país, formalizó en Camerún una adopción que no provoca la ruptura de vínculos con la familia de origen, en relación con un menor*

²³ También debe tenerse en cuenta que, siendo los adoptantes españoles y residentes en España, el art.26.3 LAI exige que hayan sido declarados idóneos por la Entidad Pública española competente, previamente a la constitución de la adopción por la autoridad extranjera. Ahora bien, resulta obvio que no puede haberse obtenido el certificado de idoneidad en aquellos supuestos en que se haya suspendido la tramitación de adopciones internacionales en virtud del art.4.2.a) LAI. Sin embargo, tampoco cabe desconocer que el certificado de idoneidad no es exigible respecto de adoptantes extranjeros o que no residan en nuestro país y en consecuencia, el art.26.3 LAI no resulta de aplicación en estos casos. Así lo indica también M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones...cit”, p.211.

²⁴ Vid. R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007...cit.” Y

En efecto, que el orden público internacional se determina caso por caso es algo admitido tradicionalmente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así lo entienden también Calvo Caravaca y Carrascosa González, que, como ejemplo de la primera, cita a P. Lagarde, y como muestra de la segunda, menciona el ATS 24-10-1979, la SAP Guadalajara 23-3-2006 y la SAP Guipúzcoa 29-2-2008. Habrá que estar, pues, a las características del supuesto de hecho, atendiendo a los resultados que comporta, de tal manera que si éstos son equivalentes a los que la situación desplegaría en el ordenamiento jurídico español, el orden público no ha de operar, pese a que el Derecho extranjero se base en principios distintos e incluso discordantes con los del Derecho español. En referencia a esta cuestión, puede verse A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Décima Edición, 2009-2010, Granada, Comares, 2009, pág.355

nacional y residente en este Estado. La adopción se constituyó por las autoridades extranjeras competentes, que aplicaron su propia ley, si bien, en aquel momento, Camerún vivía un conflicto regional que ha dejado más de 180.000 desplazados. Una vez en nuestro país, la pareja española desea que la adopción extranjera despliegue efectos en España.

24. Se trata de una adopción simple extranjera, cuyo reconocimiento tendrá lugar por la vía del art.30 LAI. Este precepto contempla un complicado sistema de reconocimiento material a través de la *lex causae*, de tal manera que la adopción simple extranjera surtirá efectos en nuestro país, como tal adopción simple o no plena, si se ajusta a la ley determinada conforme al art.9.4 Cc. (art.30.1 LAI). Igualmente, será esta ley la que establezca si la adopción simple extranjera puede ser considerada válida y existente en España (art.30.2 LAI).

25. De este modo, la eficacia, validez y existencia de la adopción camerunesa del ejemplo planteado dependerá de que se adecúe a la ley designada por el art.9.4 Cc, que, como regla, conducirá a la aplicación de la ley de la residencia habitual del adoptado en el momento de constituirse la adopción, es decir, en este caso, la ley de Camerún, salvo contrariedad manifiesta con el orden público internacional español (art.31 LAI).

26. Ahora bien, en este punto, hay que realizar varias observaciones. En primer lugar, el art.31 LAI incorpora la excepción del orden público internacional especialmente prevista para las adopciones simples o no plenas constituidas en el extranjero. En segundo término, el citado artículo dispone que, en ningún caso, se reconocerá la adopción simple extranjera si produce efectos manifiestamente contrarios con el orden público internacional español. Por último, para valorar si existe dicha contrariedad manifiesta, se deberá atender al principio del interés del menor. En este sentido, nuevamente, la aplicación del art.31 LAI dependerá de las circunstancias de la concreta adopción, en tanto que, como se ha explicado al analizar el sistema de reconocimiento del art.26 LAI, no toda contrariedad con el orden público internacional español resultará significativa para que opere la excepción. Antes al contrario, hay que reiterar que el precepto en cuestión exige contrariedad manifiesta, teniendo en cuenta el interés del menor, lo que supone que para que entre en juego la excepción, los efectos de la adopción simple o menos plena extranjera han de ser totalmente inconciliables con los principio y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico²⁵.

27. Por consiguiente, al igual que se ha concluido respecto de las adopciones plenas extranjeras, no bastará con la simple infracción del art.4.2.a) LAI para que entre en juego el art.31 LAI, debiendo tenerse en cuenta otros aspectos, de forma similar a los que se contemplan en el art.26.1. 2º LAI.

4. Otras circunstancias que influyen en la aplicación del art.4.2 a) LAI en sede de reconocimiento de una adopción extranjera

28. Junto con los razonamientos expuestos en los epígrafes anteriores, deberá tomarse en consideración que la denegación del reconocimiento de una adopción extranjera, sobre la base de la prohibición del art.4.2.a) LAI, podría resultar contraria al derecho a la vida privada y familiar del art.8 CEDH²⁶. A este

²⁵ Quizás por ello, el art.31 LAI debería definirse a la luz del propio art.24 CH 1993, de forma tal que no sería posible entender que las causas de la manifiesta contrariedad con el orden público internacional español y el principio del interés del menor son de aplicación cumulativa, sino que implica, en primer lugar, que la noción de orden público ha de interpretarse de manera muy restrictiva, sobre la base de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español y atendiendo únicamente al superior interés del menor. En este sentido, se ha apuntado que las diferencias con los valores esenciales de nuestra sociedad habrán de verificarse de forma genérica y “*con un más que necesario desapego nacionalista*.” Igualmente, se ha llegado a afirmar que se ha establecido un orden público internacional “*subjetivo*”, que pivota en torno al principio del interés del menor. Vid. E. GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate (acercamiento crítico a algunas de sus propuestas)*, Madrid, Reus, 2009, pp.116 y 118.

²⁶ En este punto, resulta muy significativa la opinión de la Profesora Herranz Ballesteros, quien reconoce que hay prohibiciones cubiertas por el art.4 LAI que quedan fuera de la excepción de orden público internacional, por lo que la denegación

respecto, hay que recordar que el TEDH ha abordado en numerosas resoluciones la problemática de la adopción internacional²⁷, construyendo una línea jurisprudencial de alcance general, que bien puede operar a la hora de interpretar el significado y contenido del derecho a la vida privada y familiar del art.8 del Convenio, en relación con el reconocimiento de una adopción extranjera²⁸. Dicha corriente jurisprudencial se inclina por evitar situaciones familiares claudicantes derivadas de la diversidad legislativa de los Estados, flexibilizando la aplicación de la excepción del orden público internacional, cuya interpretación deberá realizarse de forma restrictiva, procurando el justo equilibrio entre los distintos intereses concurrentes, pero sin olvidar tampoco que, en materia de adopción, el interés prevalente es siempre el del menor.

29. En efecto, sobre este particular, es doctrina jurisprudencial sentada del TEDH que, aunque la citada disposición “*tiende en lo esencial a prevenir al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a exigir al Estado que se abstenga de dichas injerencias*”, sino que “*pueden añadirse otras obligaciones positivas inherentes al «respeto» efectivo de la vida familiar*”. Así, en todo caso, a juicio del TEDH, “*debe tenerse en cuenta el equilibrio justo a mantener entre los intereses concurrentes de la persona y de la sociedad en su conjunto*”, de la misma manera que, en ambas hipótesis, “*el Estado goza de cierto margen de apreciación*”²⁹.

30. Asimismo, el Tribunal ha establecido que la noción de “*vida privada*”, en el sentido del artículo 8 del Convenio, “*es un concepto amplio que comprende, entre otros, el derecho a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes*”³⁰, el derecho al “*desarrollo personal*”³¹, o “*el derecho a la autodeterminación como tal*”³², abarcando también “*elementos tales como el nombre*”³³, “*la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual*”³⁴, así como “*el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo*”³⁵.

31. Igualmente y tratándose de un supuesto relacionado con la institución adoptiva, el TEDH tiene declarado que “*el derecho a la adopción no figura como tal entre los derechos garantizados por el Convenio*”³⁶, lo que no excluye, según el Tribunal, “*que los Estados partes en el Convenio puedan hallarse, en ciertas circunstancias, en la obligación positiva de permitir la formación y desarrollo de unos vínculos familiares legales*”.³⁷ Más concretamente, en este punto, el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que “*el derecho al respeto de una vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el mero deseo de fundar una*”³⁸, si bien, hay que decir, que en ocasiones, el TEDH ha dejado abierta la cuestión de si el derecho a adoptar entra o no en el ámbito de aplicación del artículo 8 considerado aisladamente³⁹.

del reconocimiento de una adopción por vulnerar uno de estos supuestos deberá estar perfectamente justificada y motivada, debiendo tomar en consideración la Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida personal y familiar del art.8 CEDH. Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “*Prohibiciones y limitaciones del art. 4...cit*”, p.p. 212 y 213.

²⁷ Vid. las SSTEDH de 22 de enero de 2008, *Caso E.B. contra Francia* (TEDH 2008/4), 13 de enero de 2009, *Caso Tedorova contra Italia*, (TEDH 2009/8), 10 de enero de 2008, *Caso Kearns contra Francia* (TEDH 2008/5) o de 13 de septiembre de 2007, *Caso Emonet y otros contra Suiza*, (TEDH 2007/92), entre otras muchas.

²⁸ Vid., por ejemplo, la STDH de 28 de junio de 2007, *Caso Wagner y JNWL contra Luxemburgo* (JUR 2007\147388) o la STEDH de 3 de mayo de 2011, *Caso Négrépontis-Giannisis contra Grecia* (TEDH 2011\43).

²⁹ A título ejemplificativo, pueden citarse las SSTEDH de 26 de mayo de 1994, *Caso Keegan contra Irlanda* (TEDH 1994/1) y de 22 de junio de 2004, *Caso Pini y otros contra Rumanía* (JUR 2004\178985).

³⁰ Véase la STEDH de 16 diciembre 1992, *Caso Niemietz contra Alemania* (TEDH 1992/77).

³¹ Vid. STEDH de 6 de febrero de 2001, *Caso Bensaïd contra Reino Unido* (TEDH 2001, 82).

³² Consúltese, la STEDH de 29 de abril de 2002 (*Caso Pretty contra Reino Unido* (TEDH 2002/23).

³³ Vid. STEDH de 22 febrero 1994, *Caso Burghartz contra Suiza* (TEDH 1994/9)].

³⁴ Vid. SSTEDH de 22 octubre 1981, *Caso Dudgeon contra Reino Unido* (TEDH 1981/4) y de 19 de febrero de 1997, *Caso Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido* (TEDH 1997/10).

³⁵ Vid. STEDH de 7 de marzo de 2006, *Caso Evans contra Reino Unido* (TEDH 2006/19).

³⁶ En este sentido, cabe mencionar, *Di Lazzaro contra Italia*, núm. 31924/1996, Decisión de la Comisión de 10 julio 1997 y STEDH de 26 de febrero de 2002, *Caso Fretté contra Francia* (TEDH 2002/10) y el mencionado *Caso Pini y otros*.

³⁷ Vid. Casos Keegan y Pini y otros, ya citados.

³⁸ Vid., entre otras, Sentencia *Fretté*, previamente citada

³⁹ Por ejemplo, en la Sentencia *E.B. contra Francia*, antes referenciada.

32. No obstante lo dicho, lo determinante es que, conforme a su jurisprudencia, el Tribunal ha señalado de forma reiterada que “*la cuestión de la existencia o no de una «vida familiar» es ante todo una cuestión de hecho, que depende de la existencia de unos estrechos vínculos personales*⁴⁰”.

33. En conclusión, trasladando la mencionada doctrina del TEDH al sector del reconocimiento de las adopciones extranjeras, no debe olvidarse que la finalidad del art.8 de la Convención es la protección del individuo frente a las intromisiones arbitrarias de los poderes públicos, para lo cual debe verificarse el equilibrio necesario entre los intereses del sujeto y los de la sociedad en su conjunto, si bien el Estado dispone de un cierto margen de apreciación.⁴¹ Aquí, no cabe la menor duda de que el interés del hijo ya adoptado ha de operar como límite a la excepción de orden público internacional, orientando y matizando la aplicación de la mencionada excepción por los Tribunales de los Estados contratantes de la Convención, de donde se desprende que las autoridades internas deberán ponderar todos los intereses en juego, si bien velando por la salvaguarda del interés superior del menor, que siempre habrá de prevalecer sobre los demás intereses concurrentes. Semejantes argumentos resultan igualmente extrapolables a la aplicación de la “cláusula chadiana” en el momento de otorgar eficacia a una adopción extranjera.

34. Por otra parte, dejando al margen el cumplimiento de los requisitos de los arts.26 y 30 LAI, un sector doctrinal, ante la hipótesis que suscita la prohibición del art.4.2.a) LAI, ha planteado que el citado precepto constituye una norma imperativa española⁴². De este modo, a su entender, de darse el caso de una adopción constituida en un país extranjero que se encuentre en alguna de las circunstancias excepcionales contempladas en la “cláusula chadiana”, se debería aplicar el art.6.3 Cc, cuya consecuencia sería la nulidad del acto por infracción de una norma imperativa o prohibitiva española. Ahora bien, existen corrientes contrarias a la operatividad del art.6.3 Cc, que en estos supuestos, abogan por desvincular la cuestión de la eficacia de la adopción del acto viciado⁴³. No en balde, no puede desconocerse que lo normal será que el adoptado ya se encuentre en nuestro país, conviviendo con la familia adoptiva y por consiguiente, la nulidad de la adopción resultará gravemente perjudicial al beneficio del menor, cuyo interés ha de primar a la hora de tomar cualquier decisión que le concierna.

IV. ¿Es posible extender las condiciones del art.4.2.a) LAI al proceso de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción regida por el Derecho español?

35. A continuación, se abordará el estudio de la segunda de las cuestiones formuladas al principio de este trabajo. Así, con carácter previo, hay que recordar que 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 voluntaria⁴⁴, que es común a las adopciones cubiertas por la LAI y a las certificadas conforme al Convenio de la Haya de 1993, al no contemplar éste previsión alguna al respecto⁴⁵.

⁴⁰ Aquí, resultan ilustrativas las SSTEDH de 13 de junio de 1979, *Caso Marckx contra Bélgica*, (TEDH 1979/2) y de 12 de julio de 2001, *Caso K. y T. contra Finlandia* [GS], (TEDH 2001/467).

⁴¹ Téngase en cuenta la argumentación del TEDH en la STEDH de 3 de mayo de 2011 (caso *Négrépontis-Giannis* c. Grecia), también mencionada.

⁴² Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones ...cit”, p. 212

⁴³ De nuevo, puede consultarse, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Prohibiciones y limitaciones ...cit”, p. 212. La citada autora cita en este punto a J.M. DÍAZ FRAILE, «La adopción internacional ante el Registro civil», *Seminario Julio González Campos celebrado en la UAM*, junio de 2010.

⁴⁴ La Ley 26/2015 modificó el art. 30.4 LAI, exigiendo que el procedimiento de conversión de una adopción simple en plena se verifique mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, previsto en el art. 42 LJV. El texto original del art. 30.4 LAI, anterior a la reforma de 2015, daba a entender que el proceso de transformación de la adopción simple extranjera se habría de llevar a efecto mediante expediente judicial. Pero, 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 el anterior art. 30.4 LAI debería ser un expediente de jurisdicción voluntaria, similarmente a lo que ocurre para la constitución de la adopción.

⁴⁵ El reconocimiento y efectos en nuestro país de las adopciones simples o no plenas constituidas en el extranjero depende de que la adopción se haya tramitado o no conforme al procedimiento previsto en el CH 1993. El Convenio establece la posi-

36. En segundo término, cabe puntualizar que sólo cabrá la conversión de aquellas adopciones que se ajusten a la ley designada por el art.9.4 Cc o que se consideren válidas y existentes con arreglo a dicha ley, en aplicación del art.30.1 y 2 LAI⁴⁶.

37. Dicho esto, tanto el art 30.4 LAI, desde su versión original⁴⁷, como el art.42 LJV indican que en el procedimiento de conversión no es precisa la propuesta previa de la Entidad Pública española, necesaria para la constitución de la adopción por las autoridades españolas, de conformidad con lo previsto en el art. 176.2 Cc, de manera que no se exige su intervención⁴⁸. Se trata de una previsión coherente con el criterio mantenido por nuestros Tribunales en otros supuestos en los que tampoco es necesaria la propuesta administrativa previa, con fundamento en la facultad que concede al Juez el art. 176.1. CC, para valorar, en todo caso, si los solicitantes resultan idóneos para el ejercicio de la patria potestad y si la adopción redundaría en interés del adoptando. No obstante, el art.42 LJV sí que requiere que con la solicitud se acompañen determinadas circunstancias que coinciden con las que deben figurar en la propuesta administrativa, en cuanto sean aplicables.

38. La clave para resolver si es posible la conversión de una adopción simple que se haya constituido con infracción de la prohibición del art.4.2.a) LAI se sitúa en los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, que contemplan una serie de condiciones, equivalentes a las exigidas en el CH 1993 y que se refieren al denominado consentimiento “ilustrado”⁴⁹. En concreto, se exige que los padres, parientes, representantes legales, instituciones y autoridades que intervengan en la adopción hayan emitido su consentimiento con conocimiento de causa y habiendo recibido la necesaria información. Del mismo modo, se distingue entre los anteriores consentimientos y el consentimiento, deseos y opiniones del niño, según su edad y grado de madurez, reiterando lo previsto en el apartado c) para los consentimientos del resto de los intervinientes. A ello se suma que el apartado d) exige el asesoramiento y la información convenientes acerca de las consecuencias tanto de la adopción en sí, es decir, de sus efectos, como de su consentimiento. Ello incluiría el dato de la ruptura de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, que comportaría la conversión de la adopción simple en plena. Ade-

bilidad de conversión de la adopción simple en plena, de cumplirse los presupuestos de su art. 27, si bien, el art.9.5 Cc anterior a la LAI presentaba un vacío legal que ha sido completado a través del art. 30.4 LAI. Este precepto incorpora por vez primera una regulación específica para la conversión de las adopciones simples o no plenas, tanto si se han dictado en el ámbito del propio Convenio como si lo han sido al margen del mismo y por tanto, quedan sujetas al régimen de reconocimiento de la LAI.

⁴⁶ Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, el vigente art.9.4 Cc es una norma de conflicto de orientación material que se articula a través de puntos de conexión jerarquizados. De este modo, el punto de conexión principal se sitúa en la residencia habitual del hijo, estableciendo la norma otros dos puntos de conexión que funcionan de forma subsidiaria y sucesiva. Así, “a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento” y “si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.” Aquí, debe señalarse que no es ésta la solución que ofrecía el art.9.4 Cc en la redacción que le daba el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, en tanto que disponía: “La determinación y el carácter de la filiación, por naturaleza o por adopción, se regirán por la ley nacional del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo en ese momento.”

⁴⁷ LA Ley 26/2015 ha suprimido el segundo inciso del párrafo primero del art. 30.4 LAI, de tal manera que, actualmente, ya no establece que la adopción simple o menos plena deba considerarse como un acogimiento familiar. Así, se pone fin a la controversia doctrinal surgida a raíz del art. 27.4 del Anteproyecto y en el art. 30.4 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, en los cuales se matizaba que esta consideración tendría lugar exclusivamente a los efectos de la transformación de la adopción simple o menos plena en una adopción regulada por el Derecho español. La expresión «exclusivamente a dichos efectos» se eliminó del texto definitivo de la Ley 54/2007 durante la tramitación parlamentaria a instancias del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, cuya enmienda nº 100 fue acogida en el Informe de la Ponencia remitido a la Comisión de Justicia del Senado. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007, p. 92. En cuanto a las opiniones de la doctrina, consúltese, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.* pp. 304 y 305, en la cual, dichos autores insistían en que la equiparación a un acogimiento tenía lugar a los solos efectos de la conversión de la adopción simple en una adopción plena española, lo que permitía a su vez que no fuera necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública competente, en los términos del siguiente párrafo del art. 30.4 LAI.

⁴⁸ La exención va más allá de los supuestos previstos en el propio art. 176.2.3º Cc, con los que pudiera presentar cierta similitud, habida cuenta que la citada disposición introduce un límite temporal que no está previsto en el caso del art. 30.4 LAI, al exigir que el adoptado lleve más de un año bajo la medida de guarda con fines adoptivos o bajo la tutela del adoptante.

⁴⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.307.

más, en todo caso, los consentimientos han de prestarse libremente, por escrito y sin que medie pago o contraprestación y ningún beneficio material.

39. En cuanto al consentimiento de la madre, tanto el apartado d) del art. 30.4 LAI como el apartado 4 del art. 4 c) CH 1993, establecen que debe prestarse, cuando resulte exigible, después del parto, requisito este que también está previsto en el art. 177.2 Cc⁵⁰. Nótese aquí que este consentimiento solo se dispone cuando «se exija», razón por la cual no es necesario en el caso de que la madre haya fallecido o haya sido privada del ejercicio de los derechos inherentes a la responsabilidad parental, así como cuando el menor se encuentre en situación de desamparo o abandono.

40. En lo referente a los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, debe advertirse que constituyen normas imperativas⁵¹, de obligado cumplimiento, que han de respetarse cualquiera que sea el contenido de la ley aplicable⁵², toda vez que con tales exigencias se pretende garantizar que la adopción tenga lugar en interés del menor y con el respeto a sus derechos fundamentales, de conformidad con los arts. 12 y 21 del Convenio de los Derechos del Niño⁵³. Por este motivo, en ausencia de alguno de los requisitos previstos en el citado precepto, 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 Convenio de La Haya de 1993⁵⁴.

41. Por consiguiente, el Juez ante el que se inste el expediente de conversión no puede atender de forma aislada al dato de que la adopción simple o no plena extranjera se haya constituido respecto de un menor cuya residencia habitual estuviera en un país que se encontrase sumido en un conflicto bélico o desastre natural en el momento en que se constituyó la adopción simple. Ello, en tanto en cuanto lo verdaderamente relevante, en orden a decretar la transformación de la adopción simple en una adopción con los efectos previstos en el ordenamiento español, es que, como consecuencia de la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el art.4.2.a) LAI, se hayan omitido alguno de los requisitos establecidos en los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, concernientes a los consentimientos y declaraciones de voluntad que debieron emitirse en el momento en que se acordó la adopción simple o no plena por la autoridad extranjera competente.

⁵⁰ Al igual que el art. 177.2 Cc, el art. 235.4.2 del Código de Derecho Civil de Cataluña requiere que el asentimiento de la madre se otorgue tras el parto, fijando el plazo que ha debido de transcurrir en seis semanas.

⁵¹ En este sentido, los requisitos de los apartados c) y d) del art.4 CH 1993, a los que remite el art.27 del propio Convenio y que se reiteran en los apartados a) a g) del art.30.4 LAI, constituyen normas materiales imperativas, que operan como condición para que pueda efectuarse la conversión de la adopción simple en plena en el Estado de recepción, con independencia de que en los ordenamientos jurídicos de dichos Estados deban cumplirse o no tales exigencias. 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*, <http://www.hcch.net/upload/brochure33es.pdf> y F. CALVO BABIO, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Dykinson, 2003, p.382.

Por lo demás, cabe recordar aquí que las normas materiales imperativas son aquellas cuya aplicación resulta necesariamente obligatoria, que excluyen el recurso a la norma de conflicto y por tanto, también la aplicación del Derecho extranjero designado por ésta. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta edición, 2014-2015, Granada, Comares, 2014, p.362.

⁵² Vid. J.M DÍAZ FRAILE, , “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN), pp. 125-141. Este autor indica que los presupuestos de los apartados a) a g) del art.30.4 LAI operan aunque la ley aplicable a la conversión no los prevea. Del mismo modo, se pone en acento en la dificultad de examinar dichos extremos en la práctica.

⁵³ No obstante, aquí cabría argumentar que, a diferencia del art.4.a) CH 1993, el art.30.4 LAI no contempla expresamente la necesidad de acreditar que el menor sea adoptable. No obstante, como apuntan algunos autores, este dato debería haber sido constatado por la autoridad extranjera que constituyó la adopción. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.308.

⁵⁴ Es evidente que el propósito del legislador español también ha consistido en impedir la conversión de una adopción simple o menos plena en una adopción regida por el Derecho español, sin la concurrencia de los consentimientos requeridos a tal fin. Y ello, en estricto cumplimiento de los principios recogidos no sólo en el CH 1993, sino también del Convenio de UN sobre los Derechos del Niño, de cuyo respeto parte la LAI y que, además, resultan trascendentales en la nueva regulación, según reconoce la propia norma en su Exposición de Motivos. Así lo entienden también, R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley 54/2007...cit.”

42. En este punto, tampoco debe olvidarse que, de igual modo, son, precisamente, estas exigencias relativas a los consentimientos de los intervinientes en el proceso de adopción, junto con el interés del adoptando, las que se han de tomar en consideración para valorar la aplicación de la excepción del orden público internacional a la hora de otorgar el reconocimiento de toda adopción, ya sea ésta simple o plena. Por esta razón, es fácil suponer que, de no concurrir alguno de dichos extremos y tratándose de una adopción simple o no plena, el orden público internacional ya habría operado con carácter previo a la conversión, puesto que, en su virtud, dicha adopción devendría ineficaz en España y no podría considerarse válida y existente en nuestro país, por aplicación del art. 31 LAI. Esto, aunque se ajustase a la ley designada por el art.9.4 Cc, en los términos del art.30.1 y 2 LAI.

V. Conclusiones finales

43. Del estudio de los presupuestos de aplicación de la denominada “cláusula chadiana”, se desprende que la aplicación de la prohibición del art.4.2.a) LAI tiene carácter preventivo y opera durante la tramitación de la adopción, es decir, durante la fase administrativa previa, en la cual interviene la Entidad Pública española competente, que es la que, en último término, tiene que decidir si suspende la tramitación de adopciones internacionales con países que se encuentran inmersos en conflictos bélicos o catástrofes naturales, incluso, respecto de aquellos procedimientos en curso.

44. En el caso de que la constitución de la adopción se llevase a cabo por las autoridades españolas, conforme a los criterios de competencia judicial internacional del art.14 LAI, dado que el art.4.2.a) LAI pretende evitar la adopción de menores que no son adoptables, parece lógico que el Juez también pueda controlar el cumplimiento de la “cláusula chadiana” para verificar que la adopción se acuerde en interés del menor, con fundamento en la facultad que le otorga el art.176.1 Cc, aplicable en virtud del art.18 LAI.

45. Ahora bien, una vez constituida la adopción en el extranjero, sea ésta plena o simple, su eficacia en España quedará supeditada a lo dispuesto en los arts.26, 30.1 y 2 y 31 LAI. Cumplidas las exigencias de dichos preceptos, la estabilidad del estado civil, que deriva del establecimiento de la filiación adoptiva por la competente autoridad extranjera y con arreglo a su propia ley, junto con la salvaguarda del principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE), impedirán que la “cláusula chadiana” opere como motivo para impedir el reconocimiento de la adopción extranjera en nuestro país. A lo que se suma que la denegación del reconocimiento podría resultar contraria al art.8 CEDH y a la interpretación que del mismo realiza la jurisprudencia del TEDH.

46. Los mismos argumentos de estabilidad del estado civil, seguridad jurídica y respeto a la vida personal y familiar, se pueden aducir en defensa de la no aplicación de las consecuencias del art.6.3 Cc a una adopción internacional constituida en el extranjero con infracción del art.4.2.a) LAI. Máxime, cuando el menor adoptado ya convive en nuestro país con los adoptantes.

47. En cuanto a la conversión de la adopción simple en los términos del art.30.4 LAI, si la adopción se ajusta a lo previsto en los apartados 1 y 2 del art.30 LAI y se cumplen con las exigencias de los apartados a) a g) del propio art.30.4 LAI, no hay motivo alguno para no proceder a la transformación por el mero hecho de que se haya vulnerado la prohibición del art.4.2.a) LAI. Resulta obvio que si el legislador hubiese querido extender la aplicación de la “cláusula chadiana” a la conversión de una adopción simple en una adopción con los efectos de la adopción española, lo hubiera establecido así de forma expresa, de manera similar a como lo ha hecho respecto de las condiciones de los apartados a) a g) del art.30.4 LAI.

EL EXEQUATUR EN LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: EL ORDEN PÚBLICO Y EL TRIUNFO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

EXEQUATUR IN VOLUNTARY JURISDICTION PROCEEDINGS: PUBLIC ORDER AND THE TRIUMPH OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA

*Profesora Doctora de Derecho Internacional privado
Universidad Internacional de La Rioja*

ORCID ID: 0000-0002-2814-7894

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4667>

“Dejad a los niños, y no les impidáis que vengan a mí, porque de los que son como éstos, es el reino de los cielos”

Mateo 19:14

Resumen: Exequatur de una sentencia de Conaky República de Guinea, en la que los padres renuncian a la patria potestad de su hija menor, con objeto de que, al reconocerla en España, sus tíos, que viven en España, ejerzan la tutela respecto a la niña que vive en Barcelona. En primera instancia, se deniega porque se estima contraria al ordenamiento jurídico español, que no reconoce la posibilidad de renunciar, por parte de los progenitores, a su patria potestad. Por su parte, la Audiencia provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso y considera que debe reconocerse, por no considerarla contraria al orden público español. Tanto en primera instancia, como en apelación, no se reconoce la tutela, pero sí la guardia con funciones tutelares a los tíos de la menor que viven en España.

Palabras clave: exequatur, denegación, orden público, patria potestad, tutela, guarda con funciones tutelares, art 44.4 Ley Cooperación Jurídica internacional, Ley Jurisdicción voluntaria, Código Civil catalán.

Abstract: Exequatur of a sentence of Conaky Republic of Guinea, where the parents renounce the parental authority of their daughter, so that, when it is recognized in Spain, her uncles, who live in Spain, exercise the guardianship over the girl who lives in Barcelona. In first instance, it is denied because it is considered contrary to the Spanish legal system that does not recognize the possibility of renouncing, on the part of the parents, their parental authority. For its part, the Provincial Court of Barcelona partially upheld the appeal and considers that it should be recognized as not being contrary to Spanish public order. Both in the first instance and in the appeal, the guardianship is not granted, but is recognized the guard with guardianship functions to the uncles of the minor who live in Spain.

Keywords: exequatur, denial, public order, parental authority, guardianship, tutelary functions, art 44.4 Spanish Act on International judicial cooperation, Voluntary Jurisdiction Law, Catalan Civil Code.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Consideraciones jurídicas. 1. Exequatur en procedimientos de jurisdicción voluntaria. 2. El orden público español. 3. Novedad: el artículo 44.4 de la LCJIMC. 4. El artículo 225 del Código civil catalán. IV. Valoraciones.

I. Introducción

1. El 14 de mayo de 2018, la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó parcialmente el recurso de apelación presentado, en relación con el exequatur de una sentencia dictada en Conaky República de Guinea sobre una menor que reside en Barcelona y sobre la que los padres habían renunciado a su patria potestad, con objeto de que los tíos obtuvieran la tutela en España. La Audiencia Provincial de Barcelona consideró que no contraviene el orden público español, y por lo tanto, que debe reconocerse esa sentencia extranjera.

II. Hechos

2. Los demandantes -los tíos de la menor, que viven en España- solicitan el reconocimiento de la sentencia extranjera, por la que los padres renuncian al ejercicio de la patria potestad de su hija en Conaky República de Guinea, para que se reconozca en España y pueda concederse a los tíos de la menor la tutela de su sobrina, que nació en Conaky República de Guinea, en 2001, pero que vive en Barcelona, porque así se lo exige el Ministerio de Asuntos Exteriores, para residir en España.

3. El juzgado de primera instancia denegó el reconocimiento de la sentencia extranjera por cuestiones de orden público, conforme lo dispuesto en el art 46.1 de la LCJIMC, porque el juez de primera instancia, conforme establece el ordenamiento jurídico español, consideró que la patria potestad es intransferible y no puede ser objeto de renuncia por los progenitores. Por su parte, el ejercicio de la tutela exige que los padres suspendan el ejercicio de su patria potestad, cuestión que no reconoce el ordenamiento español.

4. Sin embargo, el juez de primera instancia no se opone a que, según el art 44.4 de la LCJI y el art 225 del Código civil catalán, se les reconozca, a los tíos de la menor, como guardadores de hecho con funciones tutelares. Es decir, no reconoce la tutela, porque es incompatible con el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores, pero busca una figura que se asimile en el ordenamiento jurídico español y la encuentra en el derecho foral catalán, concretamente en el art. 225 CCC, que prevé la guardia con funciones tutelares, a favor de los tíos de la menor, que reside en Barcelona.

5. Los tíos de la menor recurren ante la Audiencia provincial de Barcelona porque quieren que se reconozca la sentencia extranjera, cosa que se les ha denegado en primera instancia, y porque buscan que el juez les reconozca la tutela, como les exige el Ministerio de Asuntos Exteriores español.

III. Consideraciones jurídicas

1. Exequatur en procedimientos de jurisdicción voluntaria

6. El art 41.2 de la LCJIMC prevé “el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas, adoptadas en el marco del procedimiento de jurisdicción voluntaria”. Por lo tanto, los demandantes se apoyan en este artículo, que presenta las resoluciones extranjeras definitivas, es decir, aquellas que ponen fin a la primera instancia o recurso; y dentro de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, lo que obligatoriamente remite a la Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria¹.

7. Abundante jurisprudencia ahonda en el reconocimiento/ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas, adoptadas en procesos de jurisdicción voluntaria. Algunas de ellas son la STS 29/2017,

¹ Así lo prevé el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 12 Mar. 2018, Rec. 37/2017, que regula el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como establecen los arts. 41 y 46 de la LCJIMC.

de 18 Enero², que reconoce el exequatur en el caso de guarda y custodia de menores dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria, y la STS 881/2016, de 25 Octubre 2016³, que determina un exequatur de filiación en un proceso de jurisdicción voluntaria.

8. La Ley 15/2015 se aprobó para aplicarse en asuntos del orden civil y mercantil, en los que no existiera controversia, “con el fin de agilizar, simplificar y actualizar la tramitación, descargando a la administración de justicia para centrar a ésta en su verdadera función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”⁴.

9. El Título II de la LJV se refiere a los “expedientes en materia de personas” e integra, en lo que a menores respecta, los procedimientos, entre otros, de tutela, curatela y guarda de hecho. Por su parte, el Título III de la LJV se refiere, a los “expedientes en materia de familia” e integra, en lo que a menores se refiere, los procedimientos relativos a la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad y para la adopción de medidas de protección de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. De ello se desprende que las materias sobre los que versa este auto, aparecen claramente separadas y diferenciadas en la LJV.

10. En la LJV se establece el criterio general de competencia internacional para conocer de los expedientes, con la remisión a las normas de conflicto de Derecho internacional privado, y en su defecto, a los foros de competencia de la LOPJ, así como normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras. “Si no fuera posible concretar el órgano territorialmente competente, lo será aquél correspondiente al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución”⁵. Lo que nos remite, obligatoriamente, a pensar en donde reside la menor, cuyo interés último debe protegerse.

11. El art. 46 de la LCJIMC establece las causas de denegación del exequatur, entre las que destaca, en su apartado a) “si es contraria al orden público español”. Según el art. 12.3 de la LJV, la denegación será cuando “los efectos sean manifiestamente contrarios al orden público español” (apartado c) o cuando “se trate de una violación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en nuestro ordenamiento jurídico” (apartado d); este último, añadido de manera un tanto apresurada en los trámites parlamentarios, y que resulta algo redundante, ya que se estima que los derechos fundamentales y las libertades públicas deben incluirse dentro del mantenimiento del orden público español⁶. Efectivamente, como señala De Miguel Asensio, tales derechos y libertades son el núcleo del contenido del orden público español, lo que hace que el apartado d) del art. 12.3 LJV, la cuarta causa de denegación, resulte injustificada. En cualquier caso, llama poderosamente la atención que la formulación de estas causas de denegación, que se aprobaron con una diferencia de días⁷, sean distintas de las que prevé el art. 46.1 LCJIMC.

12. Como establece el art 12.3 de la LJV, el reconocimiento se denegará “si la autoridad que lo dicta es manifiestamente incompetente, si hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados, si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español, o si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”.

² STS 29/2017, de 18 Enero 2017, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 2545/2015.

³ STS 881/2016, de 25 Octubre 2016, del Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Rec. 3818/2015.

⁴ Preámbulo de la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria.

⁵ Art. 9 de la Ley de Jurisdicción voluntaria; S. MARTÍNEZ DEL TORO, “La nueva ley de jurisdicción voluntaria”, *La Ley* 5177/2015, p. 3.

⁶ I. HEREDIA CERVANTES, “Eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria”, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, coord. por M. HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, dirs. M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUQUES MOTA, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 124-125.

⁷ La LJV se aprobó unos días antes que la LCJIMC; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 106-107.

13. La LJV incorpora una relación propia de causas de denegación del reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria firmes, que, pese a su imprecisa terminología, son el régimen especial de reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, frente al régimen general que establece la LCJIMC. Las deficiencias en cuanto a las causas de denegación saltan a la vista, en comparación con las causas de denegación que prevé la LCJIMC⁸.

14. Resulta necesario coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIMC con las normas específicas de la LJV. Los arts. 11 y 12 LJV contienen “normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” y son de aplicación preferente, pero, sin embargo, estos arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su poca precisión y falta de rigor terminológico⁹.

15. Las resoluciones dictadas en procesos de jurisdicción voluntaria suelen tener menos estabilidad que las dictadas en procesos contenciosos, y exigen, muchas veces, una adaptación de las circunstancias al caso que intentan regular. Cuando se produce una contradicción entre una resolución extranjera y la nacional, que impide que se reconozca la extranjera, pone de relieve la necesidad de que estas contradicciones se regulen también en los procesos de jurisdicción voluntaria¹⁰; cuestión que, actualmente, no se resuelve.

2. El orden público español

16. El art. 222 del Código Civil español señala que “*estarán sujetos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.; los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido.; los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.; los menores que se hallen en situación de desamparo*”.

17. La patria potestad de los padres, con relación a sus hijos menores, “se considera un derecho-función que trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio sea obligatorio, y no facultativo, para su titular; por lo que no se puede disponer de la misma e impide, a quien la ostenta, abandonarla. Solo se puede extinguir por causas legales”¹¹. El ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de que sea un tercero el que ejerza las funciones propias de la potestad parental, cuando lo acuerde la autoridad judicial o la entidad pública, ésta última, incluso, a petición de los propios progenitores, pero la patria potestad es intransferible por los progenitores.

18. Por ejemplo, la STS 953/2016, de 16 noviembre¹² denegó el exequatur por ser contrario al orden público, ya que no constaba que el hijo inscrito fuera de la demandante, sino de una madre de alquiler que fue quien debió figurar como tal en la inscripción. En esta sentencia, el TS señala que “*subyace el interés superior del menor, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que le afecte, como se desprende de los arts. 14 y 39 de la Constitución Española, que dispone que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos*”. Como se verá, quizás el TS se excede con esa inter-

⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 106-107; I. HEREDIA CERVANTES, “Eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria”, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, coord. por M. HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, dirs. M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUQUES MOTA, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 120-121.

⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 101-103; I. HEREDIA CERVANTES, “Eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria”, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, coord. por M. HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, dirs. M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUQUES MOTA, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 117-118.

¹⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 107-108.

¹¹ E. B. BEATO DEL PALACIO, “La función social de la patria potestad”, *VLEX*, 2018, pp. 207-217.

¹² STS 953/2016, de 16 Noviembre, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Rec. 3146/2014.

pretación obsoleta y antigua de protección del orden público, y no vela como se merece por ese interés superior del menor, como si lo hace la DGRN el 18 febrero 2009, cuando accedió a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que constaba en una certificación registral californiana, en relación con dos menores nacidos en California, decisión que finalmente ratificó el TEDH. Y como señaló, de manera acertada, Álvarez González al indicar que “la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño”¹³.

19. En la sentencia 1442/2018, de 14 marzo¹⁴, el TS identifica el orden público con los derechos y garantías establecidas en el art. 24 de la CE¹⁵, que promueve la tutela judicial efectiva. En las sentencias del TC, es evidente que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”¹⁶.

20. Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, la expresión del art 46.1 LCJIMC es desafortunada¹⁷ porque la contrariedad debe apreciarse entre el reconocimiento de la resolución y el orden público del Estado de destino, no contra el orden público de manera genérica, como señala la LCJIMC. Es necesaria una interpretación más europea, más acorde a lo que establece el RBI bis.

21. Cuando el reconocimiento/exequatur de una sentencia extranjera daña un interés público, el mecanismo del orden público internacional exige el rechazo del reconocimiento/exequatur, de lo que se desprende que la dicción del precepto es desafortunada. “El orden público internacional español solo se ve perjudicado y dañado si causa un perjuicio a la estructura jurídica básica de la sociedad española”¹⁸. El orden público internacional español “debe ser la excepción, y no la regla”¹⁹. Asimismo, es muy relevante el área jurídica afectada por la resolución extranjera. Así, deben considerarse, como principios pertenecientes al orden público internacional, en el sector del Derecho de menores, los principios de “interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequatur si no es así”²⁰.

22. No puedo estar más de acuerdo con lo que subrayan los autores Calvo Caravaca y Carrascosa González, cuando ponen de relieve, entre algunas de sus conclusiones, que “*las normas europeas y españolas que regulan la validez en España de las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro país, realizan y transportan valores materiales de los particulares en el escenario internacional, de modo que la excepción de orden público internacional no debe dañar tales valores*”²¹. Y es que, la denegación de un reconocimiento/exequatur por causa de orden público internacional debe interpretarse siempre de manera restrictiva²², porque el orden público internacional debe ser la excepción, y las

¹³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277.

¹⁴ STS 1442/2018, de 14 marzo 2018, sala de lo Penal.

¹⁵ 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, Nº 2, pp. 178-179; La tutela judicial efectiva se reconoce en la SAP Girona 33/2017, de 25 enero; en la STC 13/1981, de 22 de abril; en la STC 126/1984, de 26 de diciembre; en la STC 120/1993, de 19 de abril; en la STC 115/1999, de 14 de junio; en la STC 112/1997, de 3 de junio, y en la STC 61/2000, de 13 de marzo.

¹⁶ STC 19/85, de 13 de febrero; J. C. MONTALVO ABIOL, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*, nº 22, 2010-II, p. 220.

¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 784.

¹⁸ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 785.

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 786; AAP Pontevedra 10 septiembre 2009, ATS 23 julio 1996, ATS 17 septiembre 1996 y ATS 18 abril 1998.

²⁰ Preámbulo VIII, LCJIMC; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 786.

²¹ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, p. 105.

²² Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13.

normas de reconocimiento de decisiones extranjeras, que operan en el DIPr. español y europeo, deben ser la “regla general”²³. Y estas reflexiones son plenamente aplicables al caso que se comenta, donde la Audiencia provincial de Barcelona ha hecho un esfuerzo interpretativo por reconocer la sentencia extranjera, en un proceso de jurisdicción voluntaria, y no permitiendo que el orden público internacional supusiera un freno para los intereses de la menor Violeta.

23. El orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español, entre los cuales, goza de preferencia el principio del “interés del menor”, que se incorpora a la Constitución española en los arts. 39.4²⁴ y el art. 10²⁵. El principio del interés superior del menor aparece, también, en la Convención sobre los derechos del niño, de 20 noviembre 1989²⁶, y en la Carta de los derechos fundamentales de la UE²⁷.

24. El Juez tendrá discrecionalidad para designar como tutor o curador a la persona más adecuada (art. 234 Código civil), valorando las circunstancias del caso y sobretodo, anteponiendo los intereses del menor.

25. Realmente, en el Auto que se comenta, la resolución extranjera no atenta ni menoscaba principios esenciales de nuestro ordenamiento, ni supone un menoscabo de la concepción jurídica que la potestad parental tiene en nuestro sistema legal. En consecuencia, se debe proceder al reconocimiento de dicha resolución pues no concurre ninguna causa que determine su denegación. La Audiencia provincial de Barcelona parece tenerlo muy claro, y velando por los intereses de la menor Violeta, así lo razona y estima.

3. Novedad: el artículo 44.4 de la LCJIMC

26. La LCJIMC ha optado por adaptar instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento, siguiendo con ello también una de las novedades importantes del RBI bis en materia de reconocimiento y ejecución, como prevé el art. 54 del R. 1215/2012.

27. En aplicación de la teoría de la extensión de los efectos, se busca que los efectos que ha tenido la sentencia en el Estado de origen, se trasladen a España. Así lo prevé el art 44.4 de la LCJIMC que establece que “*si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen*”, en este caso, de Conaky República de Guinea. Esta novedad, introduce dos salvaguardas, como son: a) la adaptación no les dará más efectos que los que tuvieran en el Estado de origen; y b) la adaptación se podrá impugnar”²⁸.

28. Como señala Gascón Inchausti, la adaptación de medidas o instituciones desconocidas (art. 54 RBI bis y arts. 44.4, 57 y 61 de la LCJIMC) pretende evitar la denegación del reconocimiento/eje-

²³ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-107.

²⁴ “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”

²⁵ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

²⁶ Art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989: “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”.

²⁷ El art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

²⁸ 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, Nº 2, p. 163.

cución de una resolución judicial procedente de otro Estado; y de esta manera, “obligar a los tribunales españoles a realizar las labores necesarias para alcanzar el resultado material que se desprende de ella”²⁹.

29. Como señala este autor, “no debe tratarse de una conversión”³⁰. La LCJIMC no exige imperativamente que el tribunal requerido convierta la orden o la medida de origen en una medida nacional. Se buscará una adaptación, siempre que sea posible, y que sea adecuada, y se buscará dar encaje a la figura extranjera en una figura nacional, que le permita desplegar efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. El tribunal debe hacer, tiene la obligación de hacer, todo lo que esté en su mano para que quien solicita el reconocimiento/exequatur, lo obtenga con los medios que le ofrece nuestro ordenamiento jurídico³¹. Y haciendo un trabajo interpretativo, tanto en primera instancia, como en apelación, se equipara la tutela que solicitan los tíos de la menor Violeta con la guarda con funciones tutelares. El órgano judicial tiene claro que se adapta la figura de la tutela, incompatible con la patria potestad, a la guarda con funciones tutelares.

4. El artículo 225 del Código civil catalán

30. El CCC no prevé la posibilidad de que los progenitores deleguen el ejercicio de la potestad a un tercero. Sin embargo, sí prevé que la autoridad judicial pueda adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial, limitando las facultades de los progenitores, medidas que puede adoptar a petición de los progenitores, como señala el art. 236.3 CCC; dentro de las cuales cabe la de atribuir funciones tutelares a un tercero, que comportan, como se verá, la suspensión de la potestad³².

31. El art. 222.1 CC permite la “constitución de la tutela respecto a menores no emancipados que no estén en potestad parental”. Ello tiene su razón de ser en que, atendiendo al contenido de la patria potestad y de la tutela, no pueden mantenerse subsistentes ambas instituciones, porque resultan inconciliables. Es necesario, por tanto, para la constitución de la tutela ordinaria sobre la menor de edad, Violeta, que se encuentre privada previamente de la patria potestad.

32. La STSJ Cataluña 21/2016³³ establece que en el código civil catalán debe imponerse el *principio del interés del menor*, cuando se produzcan enfrentamientos entre los progenitores que ejercitan la patria potestad. Asimismo, la AAP Barcelona 565/2018 que interpreta el código civil catalán, amplía *ex lege* las facultades del Juez velando por *los intereses que deben ser tutelados*. Se desprende, claramente, la necesidad de primar el interés del menor, por encima de otros bienes, y anteponiendo, entre otras cuestiones, las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

33. Como señala la STC 4/2001, de 15 de enero, “*se deben ampliar ex lege las facultades del Juez, en garantía de los intereses que han de ser tutelados*”. Se debe tener muy presente la evolución doctrinal, conjuntamente con la jurisprudencia del TS y del TEDH, y donde resulta de aplicación preferente, siempre, el principio del interés del menor.

²⁹ 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, Nº 2, p. 164; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-106.

³⁰ 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, Nº 2, pp. 164-165.

³¹ Por ejemplo, según la STS 21 junio 199, sala primera, de lo civil, la tutela temporal no está regulada en nuestro derecho, aunque puede parecerse a la “guarda de hecho” o al “acogimiento”. La tramitación que corresponde es el de la jurisdicción voluntaria. Se aplicará la ley nacional, aplicable a la tutela de la menor extranjera; 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, Nº 2, pp. 164-165.

³² D. VIGIL DE QUIÑONES OTERO, “Los padrinos en el Derecho civil”, *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) Ensayos, pp. 229-247.

³³ STSJ Cataluña 21/2016, de 7 Abril, Sala de lo Civil y Penal, Rec. 93/2014.

IV. Valoraciones

Primera. Las reflexiones que suscita este Auto de la Audiencia provincial de Barcelona resultan motivadoras, estimulantes, y refrescantes por todos los matices que aporta: el exequatur de resoluciones definitivas en procesos de jurisdicción voluntaria; la aplicación, como ley específica, de la LJV frente a la LCJIMC, como ley genérica; la excepcionalidad del orden público; la aplicación novedosa del art 44.4 de la LCJIMC; y de manera omnipresente, la protección de los intereses del menor, dando “un tirón de orejas” a todos aquellos órganos jurisdiccionales que no lo aplican/interpretan adecuadamente.

Segunda. Considero que las causas de denegación del reconocimiento/exequatur previstas en la LJV son incompletas, y a la vez, redundantes. Quizás las prisas en su tramitación parlamentaria hayan contribuido a su inexactitud. Por lo tanto, parece oportuno que se establezca un mecanismo de coordinación entre la LJV y la LCJIMC, porque las carencias existentes a día de hoy, en el art.12 LJV, pueden entrañar problemas mayores en un corto plazo.

Tercera. Comparto plenamente el punto de vista de la Audiencia provincial de Barcelona que considera que el exequatur no menoscaba el ordenamiento jurídico español, puesto que lo que solicita la sentencia extranjera, no atenta, ni menoscaba los valores fundacionales de nuestro orden público español. Por lo tanto, me parece oportuno que se haya estimado parcialmente el recurso presentado.

La causa de denegación del reconocimiento/exequatur basada en el orden público previsto en el art. 46.1 de la LCJIMC y el art. 12.3 de la LJV debe ser la excepción, y nunca la norma general, y sobretodo valorando el bien jurídico objeto de protección, que es el de una menor. Como acertadamente señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, “lo relevante es la defensa del bienestar psicológico, emocional y físico del menor, su protección, su defensa jurídica, la promoción del libre desarrollo de su personalidad, la preservación de su vida privada y de su identidad, por encima de las fronteras y la salvaguarda de su vida familiar”³⁴. Por lo tanto, no puedo más que alabar el razonamiento y el juicio con el que se emitió este auto admitiendo parcialmente el recurso interpuesto, y que fue rechazado en primera instancia.

Cuarta. El art 44.4 de la LCJIMC es una novedad necesaria y transgresora. El derecho debe ir acompañando a los hechos, y con la entrada en vigor del art 44.4 se busca comprender y dar respuesta a nuevas realidades sociales, culturales y jurídicas que cada vez más se acercan a nuestro ordenamiento jurídico y nuestra forma de entender el Derecho.

Quinta. Al tratarse de un territorio foral, se aplica el Código civil catalán, y es en él donde se encuentra la figura que “se adapta”, que sin ser la tutela propiamente dicha, es la guarda con funciones tutelares. Por lo tanto, “cuando sea firme la resolución definitiva extranjera de jurisdicción voluntaria, surtirá efectos en España, previa superación de su reconocimiento, sin recurrir a ningún procedimiento específico previo”.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, p. 108.

ART. 22(4) BRUSSELS I REGULATION AND ITS SUCCESSOR
ONLY APPLY TO CASES CONCERNED WITH THE ACTUAL
REGISTRATION OR VALIDITY OF THE LISTED IP RIGHTS.
COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE COURT
OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF 5 OCTOBER 2017,
C-341/16*

ARTÍCULO 22.4 DEL REGLAMENTO BRUSELAS I
Y SU SUCESOR SOLO SE APLICAN A LOS CASOS
RELACIONADOS CON EL REGISTRO EFECTIVO
O LA VALIDEZ DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD
INTELECTUAL ENUMERADOS. COMENTARIO DE LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA DE 5 DE OCTUBRE DE 2017, C-341/16

KILIAN SENDLMEIER

*Doctoral candidate and research assistant
Institute for Private International and Comparative Law
University of Cologne, Germany*

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 28.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4668>

Abstract: The CJEU reaffirms its established case law on Art. 22(4) Brussels I Regulation (No. 44/2001) and interprets the provision narrowly. Courts in member states in which patents, trade marks, designs, or similar rights that are required to be deposited or registered, have jurisdiction only in cases that are actually concerned with the registration or validity of these IP rights. A case concerned with the potential ownership of such rights falls within the general provision of Art. 2(1) Brussels I and, therefore, is to be brought before courts in the member state where the defendant is domiciled.

Keywords: judicial cooperation in civil and commercial matters, Brussels I Regulation (No. 44/2001), Jurisdiction under Art. 2(1) and Art. 22(4) Brussels I Regulation, jurisdiction in proceedings concerned with IP rights, registration of property of a trade mark**

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantiene su jurisprudencia establecida sobre el Art. 22.4 del Reglamento (CE) nº 44/2001 de Bruselas I e interpreta este artículo en sentido estricto. Los tribunales de los Estados miembros en los que se exige el depósito o el registro de patentes, marcas, dibujos y modelos u otros derechos similares solo son competentes en los casos en que se trata realmente del registro o la validez de estos derechos de propiedad intelectual. Un caso relativo a

* For the court's reasoning, see Court of Justice of the European Union 5 October 2017 – C-341/16, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2018, pp. 405–407.

** Most keywords taken from the original judgement of the Court (Second Chamber) 5 October 2017, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738.

la posible titularidad de ese derecho entra en el ámbito de la disposición general del Art. 2.1 del Reglamento Bruselas I y, por lo tanto, debe ser llevado ante los tribunales de aquel estado miembro en el que el demandado esté domiciliado.

Palabras clave: procedimiento prejudicial, cooperación judicial en materia civil y mercantil, Reglamento (CE) n° 44/2001, competencia judicial, Artículo 2, apartado 1, competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, Artículo 22, punto 4, competencia exclusiva en materia de títulos de propiedad intelectual, inscripción como titular de una marca.

Summary: I. Introduction. II. Facts of the Case. III. The court's decision. 1. German law and its consequences for the application of Art. 22(4) Brussels I Regulation. 2. Applicability of the Brussels I Regulation. 3. Jurisdiction under Article 2(1) and Article 22(4) Brussels I. 4. Narrow interpretation of Art. 22(4) Brussels I. 5. Continuity in the interpretation and uniformity of legal concepts: *Duijnste* and *Hanssen*. 6. No effect of other EU intellectual property legislation. IV. Commentary. 1. Wording of Art. 22(4) Brussels I. 2. Criticism of the fundament of *Duijnste*. 3. Consideration of Art. 24(3) Brussels I Recast. V. Conclusions.

I. Introduction

1. For jurisdiction in intellectual property proceedings within the EU, Art. 24(4) Brussels I (recast) Regulation¹ is arguably one of the most relevant provisions these days. Its predecessors, Art. 16(4) Brussels Convention² and Art. 22(4) Brussels I Regulation³ have been at the center of various decisions by the CJEU.⁴ While the scope of these provisions has been at issue many times, the CJEU's decisions have always pointed into one direction. With the decision in *Hanssen ./. Prast-Kniping*, this established case law receives further support, as the decision strengthens the narrow interpretation of these provisions.

2. Once again, the court emphasized that a clear line has to be drawn between issues arising from the relationship between the opposing parties, which are part of the merits of a case, and the preliminary question of the right forum to decide these questions. In its decision, rendered on 5 October 2017, the CJEU held that the question of ownership of IP rights is not covered by Art. 22(4) of the Brussels I Regulation. The same will apply for Art. 24(4) of the recast Regulation, which is worded identically.

II. Facts of the Case

3. A Dutch company (*Hanssen Beleggingen BV*) and a German heiress (*Mrs. Tanja Prast-Kniping*) disagreed on the ownership of a trade mark registered under number 361604 at the Benelux Intellectual Property Office ('BIPO'). The Dutch company argued that because of a number of assignments the trade mark in question was not part of the estate of *Mrs. Prast-Kniping's* husband at the time of his death. Therefore, *Mrs. Prast-Kniping* was not the owner of that trade mark and, consequently, she was unjustifiably registered as such. *Hanssen Beleggingen BV* sought to order *Mrs. Prast-Kniping* under German law to waive the registration of her name as owner of the trade mark in question.

¹ Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

² 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (72/454/EEC), European Law Gazette, L 299/32 of 31 December 1972, pp. 32-45.

³ Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

⁴ E.g. ECJ, 15 November 1983, *Duijnste*, C-288/82, ECLI:EU:C:1983:326; ECJ, 13 July 2016, *GAT*, C-4/03, ECLI:EU:C:2006:457; CJEU, 14 July 2016, *Brite Strike Technologies*, C-230/15, ECLI:EU:C:2016:560; CJEU, 12 July 2012, *Solvay*, C-616/10, ECLI:EU:C:2012:445; concerning the almost identical Art. 24(4) Brussels I recast Regulation see CJEU, 16 November 2016, *Schmidt*, C-417/15, ECLI:EU:C:2016:881.

4. Whilst the Regional Court of Düsseldorf, Germany (Landgericht Düsseldorf) saw no grounds for Hanssen's claim concerning the merits of the case, the Higher Regional Court of Düsseldorf, Germany (Oberlandesgericht Düsseldorf) as court of appeal already questioned the jurisdiction of German courts under the Brussels I Regulation. The latter Court therefore referred the case to the CJEU for a preliminary ruling. It asked the European Court to clarify the interpretation and scope of Art. 22(4) of the Brussels I Regulation:

'Does the notion of proceedings which are "concerned with the registration or validity of ... trade marks", within the meaning of Article 22(4) of Regulation [No. 44/2001], also cover a claim, brought against the formal proprietor of a Benelux trade mark registered in the Benelux trade mark register, which seeks an order requiring that defendant to make a declaration to [BIPO] that she has no entitlement to the contested mark and that she waives registration as the proprietor of that mark?'

III. The Court's decision

5. The CJEU had to analyze whether the claim to waive the registration as proprietor of a trade mark and connected questions such as clarification of ownership of such rights were legal issues governed by Art. 22(4) Brussels I or if the general rule of Art. 2(1) Brussels I was the appropriate rule instead to determine jurisdiction in such cases.

1. German law and its consequences for the application of Art. 22(4) Brussels I Regulation

6. Under Section 812 of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch⁶), a person who obtains something at another person's expense without legal grounds is under a duty to make restitution to this other person. The lack of legal grounds in this case might result from the circumstance that Mr. Helmut Knipping did not own the patent in question at the time of his death. Thus, Mrs. Tanja Prast-Knipping might have been unjustifiably enriched when she was registered as proprietor of the trade mark number 361604 in 2003, proximately eight years after her husband's death. Such unjust enrichment would be the legal grounds for a claim to waive respondent's registration as proprietor. Accordingly, the merits of the present case were concerned with the ownership of a specific trade mark registered at the BIPO.

7. However, no unjust enrichment could have been found if Mr. Helmut Knipping was the owner of the trademark in question at the time of his death. In this constellation, questions of ownership could be seen as preliminary to the questions of correct registration and validity of such a right. This is due to the fact that factual ownership differing from the formally registered status as proprietor might lead to a valid claim to waive such false registration. As such, Art. 22(4) Brussels I could be seen as covering cases where the claimant seeks the waiver of a registration of the defendant as proprietor as well. Nonetheless, the CJEU decided differently relying on the following reasoning.

2. Applicability of the Brussels I Regulation (No. 44/2001)

8. The Brussels I Regulation (No. 44/2001) was in force from 1 March 2002 until 9 January 2015, when it was replaced by the recast Brussels I Regulation (No. 1215/2012).⁷ In the case discussed here, the original claim was brought before the Regional Court of Düsseldorf, Germany (Landgericht Düsseldorf) on 8 June 2012 and thus during a period in which Regulation No. 44/2001 was still in for-

⁵ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 28.

⁶ 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 Articles 1 and 4d of the Act of 18 December 2018, BGBl. 2018 I p. 2648, 2651, English translation provided by the Langenscheidt Translation Service, available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (last access 7 January 2019).

⁷ See also M. TAXHET in F. ALBRECHT et al. (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht*, 15th ed., München, C.H. Beck, 2018, § 30 MarkenG, para. 177.

ce. As stated in Art. 66(1) of the recast Brussels I Regulation all legal proceedings instituted before 10 January 2015 shall still be governed by the preceding regulations. Therefore, the CJEU had to apply the Brussels I Regulation and consider jurisdiction under its articles.

3. Jurisdiction under Article 2(1) and Article 22(4) Brussels I

9. According to the general rule of Art. 2(1) Brussels I, any person against whom a claim is brought before a court has to be sued at the place of his or her domicile. However, for cases concerned with IP rights as listed in Art. 22(4) Brussels I Regulation, this article gives jurisdiction to the courts of the member state in which the registration or deposit of such rights “has been applied for, has taken place or is [...] deemed to have taken place.” Thus, Art. 22(4) Brussels I Regulation is *lex specialis* for such cases as the wording of Art. 22(4) Brussels I Regulation makes clear.⁸

4. Narrow interpretation of Art. 22(4) Brussels I

10. The CJEU strengthens its established case law on Art. 22(4) Brussels I by following the path of its earlier decisions in *Duijnste* (1983) and *GAT* (2006).

11. According to the Court, Art. 22(4) Brussels I has to be interpreted narrowly. Thus, it does not include proceedings concerned with the waiver of a registration of trade marks where such claims are based on the allegation of the formal proprietor’s missing ownership.⁹ Following the general rule of Art. 2(1), Brussels I the courts at the defendant’s domicile have jurisdiction for these proceedings. Only proceedings concerned with the registration or validity of such rights lie within the scope of Art. 22(4) Brussels I and are therefore governed by the jurisdiction of the courts of the member state in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or is deemed to have taken place.¹⁰

12. This conclusion is mainly drawn from the wording¹¹ of Art. 22(4), from the need of continuity in the interpretation of the provisions and the goal of uniformity of legal concepts in all member states¹² as well as from the provision’s underlying objective.¹³

13. The wording of Art. 22(4) Brussels I ‘proceedings concerned with the registration or validity of [...] trade marks’ only mentions registration and validity *express verbis*. The court therefore draws the conclusion that other issues, especially issues of substantive law such as questions of ownership, are not to be decided by the courts of the member state in which the trade mark in question is registered.¹⁴ The court applies the general rule of narrow interpretation¹⁵ at this point because by giving exclusive jurisdiction to a court, the article deprives parties from their choice of forum.¹⁶

14. Next, this case note will discuss the provision’s underlying objective as stated by the Court. The CJEU argues that the Regulation gives jurisdiction in Art. 22(4) to the courts of the member state in which the IP right’s registration or deposition has taken place or was applied for, because these courts have a closer connection to the issue. However, the provision does not assume a closer connection and therefore

⁸ Art. 22 Brussels I Regulation expressly creates exceptions to Art. 2(1) Brussels I Regulation: “The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile: [...]”.

⁹ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 39.

¹⁰ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, paras. 34-39.

¹¹ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 37.

¹² CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, paras. 30, 31.

¹³ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 37.

¹⁴ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 35.

¹⁵ L. DE LIMA PINHEIRO in U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Volume I Brussels Ibis Regulation*, 1st ed., Köln, Otto Schmidt, 2016, Art. 24 Brussels Ibis Regulation, para. 14; H. LINKE/W. HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 7th ed., Köln, Otto Schmidt, 2018, para. 4.12; see also P. KINDLER, „Der europäische Deliktsgerichtsstand und die gewerblichen Schutzrechte“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2018, pp. 1107, 1113.

¹⁶ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 32.

greater competence of these courts when questions of ownership or other substantive questions concerning the relevant IP right are at stake.¹⁷ So the underlying objective of Art. 22(4) is one of closest connection and assumed greater competence. Nonetheless, a closer connection might exist in certain cases although normally courts at the defendant's domicile will solve questions of ownership most satisfactorily and efficiently.¹⁸

5. Continuity in the interpretation and uniformity of legal concepts: *Duijnstee* and *Hanssen*

15. The continuity with *Duijnstee* is pointed out by the CJEU in the *Hanssen* case of 2017.¹⁹ The Higher Regional Court of Düsseldorf, Germany (Oberlandesgericht Düsseldorf) cites *Duijnstee* as *indicia*²⁰ and the CJEU is concerned with *Duijnstee*'s effect on *Hanssen* at several points.²¹ For the CJEU, it is important to establish a continuous interpretation of the relevant provisions²² and thereby support 'uniform application [of the same concept] in all contracting states'²³.

16. In 1983, the ECJ had to decide on the case *Duijnstee ./. Goderbauer*, which was similar to the *Hanssen* case of 2017. In *Duijnstee* the ECJ had decided that ownership of a patent was not an issue which fell under Art. 16(4) of the Brussels Convention as antecedent of Art. 22(4) Brussels I Regulation.²⁴ The case was also concerned with the legal relationship between the two parties (Mr. Goderbauer and an insolvent company called BV Schroefboutenfabriek) which determined the ownership of the patent in question.²⁵ As early as in 1983, the Court ruled that questions deriving from this relationship as questions of substantive law are not covered by Art. 16(4) of the Brussels Convention. The new *Hanssen* decision is therefore seen as the logical extension of the case law of the CJEU.²⁶

6. No effect of other EU intellectual property legislation

17. As the Court finally points out, other EU legislation such as Art. 18 of Regulation No. 207/2009 (of 26 February 2009) or Paragraph 4.6 of the BCIP (Benelux Convention on Intellectual Property of 2007) does not affect the court's findings.²⁷ Art. 18 of Regulation No. 207/2009 specifically deals with the relationship of an agent or representative and the owner of a trade mark and, therefore, has no effect on the more general rule of Art. 22(4) Brussels I Regulation (44/2001).

18. Paragraph 4.6 of the BCIP does not play a role in the present case either, since *Hanssen* did not base his claim on any provision of the BCIP nor was this convention anyhow connected to the issues of the case as the CJEU points out.²⁸

IV. Commentary

1. Wording of Art. 22(4) Brussels I

19. Despite the CJEU's decision to the contrary, the wording of Art. 22(4) Brussels I 'proceedings concerned with the registration or validity of [...] trade marks' might be seen as rather wide. As

¹⁷ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 37; see also KINDLER, *GRUR* 2018, pp. 1107, 1114.

¹⁸ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 33.

¹⁹ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 30.

²⁰ *Düsseldorf Higher Regional Court* 14 June 2016 – 20 U 104 /15, *GRUR-RR* 2016, p. 379, para. 8; see also CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 25.

²¹ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, paras. 31, 34, 35.

²² CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 30.

²³ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 31.

²⁴ ECJ, 15 November 1983, *Duijnstee*, C-288/82, ECLI:EU:C:1983:326, para. 26.

²⁵ ECJ, 15 November 1983, *Duijnstee*, C-288/82, ECLI:EU:C:1983:326, para. 26.

²⁶ KINDLER, *GRUR* 2018, pp. 1107, 1113.

²⁷ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, paras. 41, 42.

²⁸ CJEU, 5 October 2017, *Hanssen*, C-341/16, ECLI:EU:C:2017:738, para. 42.

already mentioned above (under Paragraph 7), the wording also covers preliminary questions as to the validity of a trade mark's registration. If ownership was a preliminary question, it could be covered by Art. 22(4) Brussels I Regulation.

20. At least Art. 22(4) Brussels I Regulation does not explicitly exclude this possibility. Nonetheless, ownership has to be seen as a substantial issue deriving from the legal relationship between the parties.²⁹ Ownership is therefore not a relevant aspect to determine the right forum. Keeping the general rule in mind that exclusive jurisdiction should only be available in very specific cases,³⁰ the Court's reasoning is convincing and scholars tend to agree.³¹

2. Criticism of the fundament of *Duijnstee*

21. As *Mankowski* has already pointed out, the approach of relying on *Duijnstee* as the leading case concerning this issue has a weakness.³² The central criticism is that *Duijnstee* is mainly relying on the *Jenard* Report.³³ This report states that all proceedings which are not concerned with the validity of patents, especially patent infringement cases, are governed by the general provisions of the 1968 Brussels Convention and not by its specific provisions on exclusive jurisdiction.³⁴ Thus, the courts of the defendant's domicile would have jurisdiction according to Art. 2 of the 1968 Brussels Convention which is identical to Art. 2 of Regulation 44/2001.

22. However, a universal reading of the statement of the *Jenard* Report appears problematic these days.³⁵ Since the Brussels I recast Regulation came into force, its Art. 24(4) subsection 1 gives jurisdiction to member state courts where a trade mark was registered or deposited for all proceedings concerned not only with the validity of such rights, but also with their registration. This provision is therefore wider. Since *GAT*, proceedings in which the plea of invalidity is raised are also governed by the specific jurisdiction according to Art. 16(4) of the 1968 Brussels Convention and consequently according to Art. 22(4) Brussels I.³⁶ Thus, a simple reference to *Duijnstee* of 1983 based on an argument taken from the *Jenard* Report is an important historic argument, but not by itself conclusive.

23. Further, *Mankowski* points out that *Duijnstee* simply asserts that there is no reason for proceedings, which do not affect the deposition or registration itself, but are rather concerned with the legal relationship between the parties, to be referred to member state courts where such IP rights were applied for or granted.³⁷ This is indeed not an argument but an assertion.³⁸ Therefore, this statement alone cannot be convincing as to the limited scope of Art. 16 of the 1968 Brussels Convention or equally Art. 24(4) of the recast Brussels I Regulation.

24. On the contrary, *Duijnstee* applies Art. 16 of the 1968 Brussels Convention in cases where the priority of an IP right's registration is in doubt.³⁹ This, however, is inconsequent, as *Mankowski* also points out.⁴⁰ Thus the question arises of how the specific provision of Art. 16 of 1968 Brussels Convention

²⁹ P. MANKOWSKI, „Orthodoxes und Häretisches zum Umfang der ausschließlichen Zuständigkeiten aus Art. 24 Nr. 4 und Nr. 3 EuGVVO bei registrierten IP-Rechten mit Blick auf Prätendentenstreitigkeiten“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, pp. 355, 356.

³⁰ KINDLER, *GRUR* 2018, pp. 1107, 1113.

³¹ See for example M. TAXHET in F. ALBRECHT et al. (eds.), Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht, 15th ed., München, C.H. Beck, 2018, § 30 MarkenG, para. 177.1.

³² MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356.

³³ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356.

³⁴ Report on the Convention on jurisdiction and enforcement of judgements in civil and commercial matters, by P. JENARD, Official Journal of the European Communities, No C 59/1-65, p. 36.

³⁵ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356.

³⁶ KINDLER, *GRUR* 2018, pp. 1107, 1114; MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356.

³⁷ ECJ, 15 November 1983, *Duijnstee*, C-288/82, ECLI:EU:C:1983:326, para. 26.

³⁸ See also MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356.

³⁹ ECJ, 15 November 1983, *Duijnstee*, C-288/82, ECLI:EU:C:1983:326, para. 24.

⁴⁰ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356.

cannot be governing proceedings concerned with the ownership of an IP right because they deal with the legal relationship between the parties and at the same time determine jurisdiction for questions of priority, which are in fact also a substantive legal matter concerning the relationship between the parties.⁴¹ These inconsistencies and the development in the law since 1983 make it difficult to rely heavily on *Duijnstee* when determining the reasoning underlying the limited scope of Art. 24(4) Brussels I Recast.

25. Nonetheless, it has been clear since *Duijnstee* that the vast majority of scholars support the CJEU's narrow interpretation of Art. 16 Brussels Convention and, following, of Art. 22(4) Brussels I and Art. 24(4) Brussels I Recast.⁴² Proceedings concerning the ownership are not included in these specific provisions and thus guided by the general provision of Art. 2(1) of the Brussels I Regulation (44/2001) as well as by Art. 4(1) Brussels I Recast.

3. Consideration of Art. 24(3) Brussels I Recast

26. Apart from this general acceptance, *Mankowski* considers it worth looking at Art. 24(3) of the Brussels I Recast Regulation as a way to give jurisdiction to member state courts where a trade mark's registration was applied for or granted.⁴³ However, since this approach has not yet been discussed by the CJEU, this case note will not analyze Art. 24(3) Brussels I recast Regulation as a possible alternative basis for exclusive jurisdiction. Only an overview over the main points shall be given here.

27. *Mankowski* first argues that validity in Art. 24(3) and Art. 24(4) Brussels I Recast refers to different aspects.⁴⁴ While No. 3 deals with the validity of a registration as such, No. 4 deals with the validity of specific IP rights, which is not dependent on the ownership of those rights. Therefore, at least from its wording, Art. 24(3) Brussels I Recast might cover proceedings, which deal with questions of ownership.⁴⁵ Nonetheless, *Mankowski* makes clear that this provision can only apply when the registration as such is at dispute and not the circumstances leading to it.⁴⁶

28. Further, *Mankowski* does not regard Art. 24(4) Brussels I Recast as *lex specialis*. His main argument is the open wording of Art. 24(3) and (4), which neither stipulates nor excludes any hierarchy between the two subsections.⁴⁷ In addition, Art. 31(1) Brussels I Recast (as the successor of Art. 29 Brussels I) states a general competitive relationship between several exclusive jurisdictions, which might also apply to the different numbers of Art. 24 Brussels I Recast.⁴⁸

29. Finally, *Mankowski* points out that the *effet utile* of Art. 24(3) Brussels I Recast requires an application on disputes between parties about who is rightly registered;⁴⁹ consequently, *Mankowski* considers it most appropriate to apply Art. 24(3) Brussels I recast Regulation.⁵⁰

V. Conclusions

30. The CJEU has once more given a narrow interpretation to Art. 22(4) Brussels I and pointed out that it does not apply to proceedings concerned with substantive issues such as the question of a trade mark's ownership. By reaffirming this position, the CJEU's decision contributes to legal certainty and should therefore be appreciated as a contribution to, and continuation, of existing case law.

⁴¹ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356.

⁴² MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 356 with further references in footnote 16; KINDLER, *GRUR* 2018, pp. 1107, 1114.

⁴³ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 357-359.

⁴⁴ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 358.

⁴⁵ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 358.

⁴⁶ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 358.

⁴⁷ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 358.

⁴⁸ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 358.

⁴⁹ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 359.

⁵⁰ MANKOWSKI, *IPRax* 2018, pp. 355, 360.

31. At the same time, it changes little in the European framework of jurisdiction in civil and commercial matters. The general rule that exceptions, which give exclusive jurisdiction to certain member state courts, are to be interpreted narrowly is emphasized since such provisions deprive the parties of all other grounds of jurisdiction.

32. Nonetheless, scholars and courts should take a closer and more critical look at the reasoning derived from the decision in *Duijnste*. It is worth inquiring if this case from 1983 can still be cited unconditionally as a reference for cases concerning the new Art. 24(4) Brussels I Recast. When doing this, new alternatives such as Art. 24(3) Brussels I Recast might come into play.

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 junio 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).